



BRUNA BATISTA CONDÉ

**POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE
INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE**

BRASÍLIA - DF

2013

BRUNA BATISTA CONDÉ

**POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE
INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Antonio Umberto de Souza Júnior

BRASÍLIA - DF

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C745p Condé, Bruna Batista.
Possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. / Bruna Batista Condé. – Brasília: UniCEUB, 2013.

74 f.

Orientador: Antônio Umberto de Souza Júnior.

Monografia(Graduação) – Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, 2013.

1.Adicionais de Insalubridade e Periculosidade. 2.Cumulação. 3.Constituição da Republica Federativa do Brasil. 4.Tratados e Convenções do Trabalho 5.Princípios do Direito do Trabalho. – Monografia. I.Souza Júnior, Antônio Umberto. II.Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. III.Título.

CDU 34:331.1

Dedico primeiramente aos meus pais Alexandre e Vanda, por todo carinho e suporte fornecidos. Dedico às minhas irmãs Tainá e Laísa por serem minhas eternas companheiras.

Dedico aos meus avós, Enira e Aloísio, meus anjos que sempre me auxiliam, mesmo que em pensamento.

AGRADECIMENTO

Agradeço aos meus pais, meus exemplos de vida, que sempre auxiliam meu caminho com todo zelo o cuidado e que me concedem todo apoio quando necessário.

Aos meus familiares, agradeço por toda a torcida, especialmente nos momentos de ausência.

Agradeço especialmente ao meu avô advogado Aloísio Santos Mendonça Condé que me ajudou com uma informação muito interessante sobre o trabalho desenvolvido em um de seus momentos mais difíceis, logo após a realização de uma cirurgia. Apesar de não ter tido a oportunidade de agradecer em momento oportuno, gostaria de registrar o meu agradecimento, pois estará sempre em meu coração.

Agradeço minhas amigas de curso Alessandra, Kamila, Luiza, Raquel e Carolina por toda alegria e companheirismo que me proporcionaram e por todo o conhecimento compartilhado imprescindíveis para meu crescimento. Agradeço também aos colegas de classe que passaram por minha vida e que me deixaram, cada um de sua forma, algo positivo.

Agradeço finalmente ao meu orientador, que conduziu meus passos tão sabiamente e sem o qual este trabalho não teria sido desenvolvido.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. A análise realizada parte da interpretação majoritária que se conferiu ao art. 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, na qual se consignou que o trabalhador exposto a condições insalubres e perigosas deve realizar a opção por apenas um dos adicionais, impossibilitando-se, portanto, a percepção cumulada. Dessa forma, para verificar a possibilidade de cumulação primeiramente se buscou observar se o entendimento referido se coaduna com o ordenamento jurídico como um todo, principalmente em razão dos objetivos, garantias e direitos assegurados na Constituição Federal de 1988. Nesse mesmo sentido, o posicionamento dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo país concernentes à matéria também são analisados, especialmente no que diz respeito à Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho. Em razão do conflito de normas existente, conclui-se pela possibilidade de cumulação dos adicionais observando o critério cronológico na resolução de antinomias, os princípios do direito do trabalho relativos à proteção do trabalhador e a interpretação sistemática da Constituição Federal.

Palavras-chave: Adicionais de insalubridade e periculosidade. Cumulação. Interpretação Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Tratados e convenções internacionais do trabalho. Resolução de antinomia de normas. Princípios do direito do trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR NO BRASIL.....	9
1.1 Breve histórico.....	10
1.2 Proteção constitucional.....	12
1.3 Proteção internacional.....	15
1.4 Outras normas aplicáveis	19
1.5 Adicionais de insalubridade e periculosidade e saúde do trabalhador. Questão da monetização dos riscos.....	21
2 ADICIONAIS E SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO	23
2.1 Adicional de insalubridade.....	23
2.1.1 Normas regulamentadoras	25
2.1.2 Objeto de proteção	29
2.1.3 Atividades insalubres.....	30
2.2 Adicional de periculosidade	30
2.2.1 Objeto de proteção	32
2.2.2 Atividades perigosas	33
3 POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE	36
3.1 O problema	36
3.2 Dispositivos constitucionais: interpretação sistemática da Constituição .	37
3.3 Supremacia da Constituição Federal face às fontes formais no direito do trabalho	42
3.4 Regulamentação de matéria constitucional pelo legislador infraconstitucional.....	44
3.5 Antinomia entre convenção internacional e o art. 193, § 2º, da CLT	46
3.6 O posicionamento das convenções e tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio a partir da Emenda Constitucional 45 de 2004 e os tratados e convenções da OIT	49
3.7 O “controle jurisdicional de convencionalidade”	52
3.8 Adicionais: parcelas distintas devidas em razão de fatos geradores distintos	58
3.9 Princípios do direito do trabalho concernentes à proteção do trabalhador 60	
3.10 Jurisprudência.....	61
3.11 Projeto de Lei	64

CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

O tema abordado no presente trabalho consiste na análise da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade em face do duplo malefício causado pelo trabalho exercido em condições insalubres e perigosas. O estudo se faz a partir da interpretação dada ao art. 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O referido dispositivo celetista possui questionável entendimento, pois, diferentemente do que aponta a interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, o trabalhador deve realizar a opção de perceber apenas um dos adicionais, não sendo possível, por consequência, a dupla incidência dos adicionais em comento, mesmo que exposto a condições diferentemente adversas. Partindo-se desse pressuposto, cumpre-se destacar o papel de outras normas além das constitucionais. Dentre elas, têm elevada importância os tratados internacionais e convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificados pelo Brasil, especialmente os que cuidam da proteção do local de trabalho e da saúde dos trabalhadores.

Tendo em vista essas normas advindas dos tratados e convenções internacionais, busca-se entender o posicionamento delas no ordenamento jurídico, suas implicações e qual entendimento deve prevalecer, utilizando os critérios hermenêuticos para a solução de antinomias no caso de conflito. Isso ocorre uma vez que o assunto específico da cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade é tratado de forma diversa na Consolidação das Leis Trabalho e nas convenções internacionais ratificadas pelo país, havendo, portanto, disposições opostas em relação ao mesmo tema.

Em consonância com os objetivos protecionistas adotados, é questionado se a interpretação do art. 193, § 2º, da CLT, estaria em conformidade com os princípios trabalhistas utilizados na aplicação das normas.

Apesar de a Constituição dispor em seu art. 7º, XXIII, que os adicionais serão devidos “na forma da lei”, o presente trabalho não tem o objetivo discutir a respeito da classificação das normas constitucionais quanto à aplicabilidade e, no que concerne aos tratados e convenções da OIT, não se pretende esgotar se estes regulariam direitos humanos ou não, assim como toda problemática envolvida no processo de assinatura e ratificação

dessas normas. O objeto limita-se à análise da possibilidade de cumulação em face ao ordenamento como um todo e seus fundamentos, principalmente os objetivos, princípios e garantias consubstanciados por uma maior abertura ao direito internacional.

Dessa forma, o trabalho abordará a saúde do trabalhador no Brasil em primeiro momento, buscando apontar a evolução do tema. Em segundo momento, as definições de insalubridade e periculosidade serão explicitadas, assim como suas peculiaridades. Finalmente a questão da cumulação será analisada sob diferentes perspectivas, notadamente levando-se em consideração a interpretação sistemática da Constituição, a supremacia da CF face às fontes formais no direito do trabalho, a regulamentação da matéria constitucional pelo legislador infraconstitucional, a antinomia entre convenção internacional e o art. 193, § 2º, da CLT, o posicionamento das convenções e tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio a partir da Emenda Constitucional 45 de 2004, o chamado “controle de convencionalidade”, a questão dos fatos geradores serem diferentes e os princípios o direito do trabalho que dizem respeito à proteção do trabalhador. Pretende-se encerrar com uma breve análise da jurisprudência e de um projeto de lei relativos à matéria.

Não se pretende discutir a base de cálculo sobre a qual os adicionais devem incidir nem os impactos nas verbas trabalhistas caso a incidência cumulada dos adicionais referidos fosse verificada. Da mesma forma, o presente trabalho não abordará como ficaria a eventual aposentadoria especial face ao cúmulo proposto.

1 A PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR NO BRASIL

O direito à vida, consubstanciado pelo direito à saúde e à dignidade formam um conjunto de bens jurídicos fundamentais. Uma vez que esses direitos possibilitam o exercício dos demais e por serem eles inerentes a qualquer ser humano, o ordenamento jurídico procurou alcançar um meio de regulá-los com escopo de proteger os indivíduos. Buscou-se, para tanto, garantir a sobrevivência observando condições mínimas de razoabilidade e equilíbrio.¹

Nesse sentido, a prestação do trabalho e a condição peculiar do trabalhador fomentaram a existência de uma gama de proteção e tratamento jurídico diferenciados, principalmente no que diz respeito à saúde do trabalhador. A proteção adotada se deu, de certa forma, de um modo mais ampliado devido aos riscos inerentes à relação de trabalho. Por isso, o direito à saúde do trabalhador, além de ser objeto tutelado na seara legal, elevou-se a proteção de matriz constitucional.²

A fim de se delimitar melhor a incidência das normas jurídicas, Sebastião Geraldo de Oliveira destaca o sentido técnico dado à “saúde”. Dentre os conceitos encontrados em diversos dicionários, encontra-se o “estado de são” ou de sanidade dos seres vivos, ou seja, estado sadio ou de regularidade das funções físicas, orgânicas ou mentais, resumidamente.³

Sob essa perspectiva, o autor supracitado acrescenta que o conceito negativo de saúde, entendido como a mera ausência de doenças, perdurou por um longo período. Ocorre que em 1946 o documento de constituição da Organização Mundial da Saúde inovou e ampliou o referido entendimento.⁴

¹ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do trabalho*, Porto Alegre, v. 27, n. 317, maio. 2010, p.7.

²Ob. loc. cit..

³OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde o trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 105.

⁴Ibidem, p. 106.

A saúde agora, considerada em seu sentido positivo, passou a significar “um completo bem-estar físico, mental e social, e não somente ausência doença ou enfermidade”.⁵

Nesse mesmo sentido, o art. 3º da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90)⁶, reza que “os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”. Dessa maneira, surge o conceito de saúde como completo bem-estar social, levando em consideração as interferências do ambiente social.⁷

Com base nessa nova conjuntura, é possível notar uma evolução do direito à saúde que se mostrou na legislação atualmente adotada, conforme se delineará a seguir.

1.1 Breve histórico

A exposição a agentes que podem causar danos à saúde não é acontecimento exclusivo da atualidade. O homem vem trabalhando, durante muito tempo, exposto a riscos que ensejam problemas de saúde, juntamente à ocorrência de acidentes de trabalho. Apesar disso, o Poder Público só se voltou a regular a situação e combater com mais efetividade os problemas enfrentados em período recente.⁸

Em breve histórico, constata-se que condições de trabalho ruins remontam à época da Revolução Industrial, na qual se buscava, em suma, a sobrevivência. A legislação que mais abrangeu essas situações veio a surgir no século XX, aproximadamente, abordando a higiene e segurança do trabalhador. Nesse contexto, procurou-se, também, reparar os danos causados ao corpo do trabalhador, pois a preocupação com a saúde mental só seria alvo de proteção na

⁵UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca virtual de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAdede/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html>>. Acesso em: 17 set. 2013.

⁶BRASIL. Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 13 set. 2013.

⁷OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde o trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 106

⁸ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do trabalho*, Porto Alegre, v. 27, n. 317, maio. 2010, p. 8.

segunda metade do mesmo século. Consolidou-se, então, uma busca pela melhor qualidade de vida do trabalhador que se operou somente com o surgimento da OIT em 1919.⁹

No Brasil, inicialmente, a proteção do trabalhador não possuía tratamento específico, utilizando-se o Código Comercial de 1850 e o Código Civil em casos de acidente de trabalho. A partir de 1919, decretos legislativos foram editados a fim de regular, com mais precisão, os referidos acidentes.¹⁰

Na década de 1930, melhores condições de trabalho e direitos pleiteados resultaram na intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida em que levou à criação de uma legislação trabalhista.¹¹

O intuito da legislação específica para proteção de direitos do trabalhador teve como objetivo a promoção de uma melhor qualidade de vida e de trabalho. No que tange à segurança laboral, em 1938 foi criado o adicional de insalubridade.¹²

As principais legislações aplicadas ao trabalhador foram unificadas em um só documento -Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)-, em 1943. A referida Consolidação significou um grande avanço na seara trabalhista, pois por meio dela um conjunto de garantias foi abarcada, inclusive com algumas normas de saúde e segurança do trabalho, como restou claro a partir das normas de segurança e medicina do trabalhador, especialmente o art. 154 da CLT e seguintes.¹³

Apesar da Constituição brasileira de 1946 já assegurar alguns direitos como repouso semanal remunerado e direito de greve, foi com a Constituição de 1988, sob forte influência mundial, que provieram as maiores mudanças. Essa Constituição não se omitiu em tratar dos direitos trabalhistas, trazendo em seu Capítulo II, direitos sociais e, mais especificamente, nos

⁹ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do trabalho*, Porto Alegre, v. 27, n. 317, maio. 2010, p. 9.

¹⁰Ob. loc. cit..

¹¹SILVA, Leandro Luciano; SILVA, Lillian Moraes. Fundamentos para cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 12, jun. 2011, p. 9.

¹²Ob. loc. cit..

¹³Ob. loc. cit..

arts. 7º a 11, um rol mínimo de direitos trabalhistas, explicitando-se o direito à saúde do trabalhador.¹⁴

Além da adoção da proteção à saúde nas esferas constitucional e infraconstitucional, o Brasil buscou acompanhar as mudanças internacionais na atuação em temas comuns, como ocorre com a proteção do trabalhador, assinando uma série de tratados e convenções internacionais, principalmente no âmbito da Organização Internacional do Trabalho sobre segurança e saúde do trabalhador.¹⁵

Portanto, nota-se que o sistema jurídico brasileiro conseguiu evoluir bastante na parte referente à saúde e proteção do trabalhador. Francisco Rossal de Araújo assevera que se chegou a um sistema misto de normas de obrigação pública e normas de obrigação privada que buscam alcançar a proteção proposta. A união dessas seria o grande alicerce para a melhoria das condições de vida e saúde do trabalhador.¹⁶

1.2 Proteção constitucional

A saúde, que tem por significado o estado habitual de equilíbrio, foi erigida como bem jurídico a ser tutelado ao lado da vida e da liberdade, como se pode demonstrar pela proteção dada pela própria Constituição brasileira.¹⁷

A Constituição Federal de 1988 representou, portanto, ferramenta essencial no que tange à proteção dos direitos dos trabalhadores ao consagrar expressamente em seus dispositivos aspectos relativos ao direito à saúde em geral e aplicada especificamente aos trabalhadores. Nesse sentido, a Constituição de 1988, no art. 3º, IV, prevê a promoção do bem de todos e, no art. 6º, faz referência ao direito à saúde como direito social. Em razão disso, Oscar Krost faz a seguinte observação concernente ao direito à saúde:

“Pela Carta de 1988 foi alçada a Direito Social de todos e dever do Estado, conforme dicção de seus arts. 6º, caput, 196 e, ainda, por via indireta, obteve

¹⁴SILVA, Leandro Luciano; SILVA, Lillian Morais. Fundamentos para cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 12, jun. 2011, p. 13.

¹⁵OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde o trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 112.

¹⁶ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do trabalho*, Porto Alegre, v. 27, n. 317, maio. 2010, p. 12.

¹⁷KROST, Oscar. Trabalho prestado em condições insalubres e perigosas: possibilidade de cumulação de adicionais. *Justiça do Trabalho*, São Paulo, n. 247, jul. 2004, p. 66.

status de fundamento do Estado Democrático de Direito, como consectário dos preceitos da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, previstos em seu art. 1º, incisos III e IV.”¹⁸

O posicionamento relatado possui ampla coerência, pois o artigo da Constituição em que é tratada a saúde como direito social encontra-se dentro do título referente aos direitos e garantias fundamentais, o que faz que esse direito seja elevado, como consequência, a um direito fundamental.

Ante o exposto no art. 196 da Constituição, em que se separa uma seção dentro do Capítulo II da ordem social para tratar da saúde, Joaquim Barros Martins da Costa reforça que o direito à saúde constituiria dever do Estado e, assim, direito subjetivo de todos, indistintamente.¹⁹ Corroborando com esse pensamento, Sebastião Geraldo de Oliveira complementa:

“[...] Além de ser um direito social, como previsto no art. 6º, é um direito de todos e, portanto, de cada um, de acesso universal e igualitário. As normas relativas à saúde são de ordem pública, porquanto regulam um serviço público essencial, tanto que o art. 197 da Constituição enfatiza que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde.”²⁰

Partindo desse pressuposto, o mesmo autor acrescenta, ainda:

“Entendemos que a interpretação sistemática da Constituição da República deixa evidente a caracterização do direito subjetivo público à saúde, exigível do Estado. O art. 6º relaciona diversos direitos sociais: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Destes, foram destacadas apenas a educação e a saúde, estabelecendo a Constituição, portanto, um degrau a mais, pois além de dever do Estado é direito de todos (arts. 196 e 205). Logo, nessas duas hipóteses estão perfeitamente caracterizados o sujeito ativo, o objeto e o sujeito passivo da obrigação, como todos os elementos para a formação do vínculo juridicamente exigível. Também não se deve perder de vista o princípio de que a todo direito corresponde uma ação que o assegura.”²¹

¹⁸KROST, Oscar. Trabalho prestado em condições insalubres e perigosas: possibilidade de cumulação de adicionais. *Justiça do Trabalho*, São Paulo, n. 247, jul. 2004, p. 67.

¹⁹COSTA, Joaquim Barros Martins da. A possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 6, 2. quin. mar. 2012, p. 188.

²⁰OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde o trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 108.

²¹Ibidem, p. 109-110.

Por isso, partindo da premissa de que a saúde é um dever exigível do Estado e devido à eficácia horizontal das normas de direito fundamental, Joaquim Costa salienta o papel do empregador na busca de melhores condições de trabalho e do bem estar de seus empregados e dos trabalhadores de modo geral, pois, como já destacado acima, trata-se de direito fundamental. A atuação do empregador estaria, dessa forma, relacionada à garantia de um meio ambiente de trabalho equilibrado e à devida remuneração referente às atividades que podem causar prejuízos à saúde.²²

Ademais, a proteção constitucional à saúde pode ser reforçada, ainda, por outras normas que garantem o direito à saúde, como ocorre, por exemplo, com os direitos à vida e à integridade física (art. 5º, CF).²³

Ainda sob essa perspectiva, pode-se dizer que o direito à dignidade e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos, contidos nos arts. 170 e 225 da Constituição, respectivamente, reforçam, indiretamente, o direito em comento. Para Sebastião Geraldo de Oliveira, “é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente do trabalho”.²⁴ Dessa forma, corrobora-se, de forma clara, a importância do meio ambiente de trabalho equilibrado para a concretização das normas constitucionais e reforça-se o papel do empregador nesse sentido.

Destaca-se que, como a dignidade foi tratada como valor supremo do constitucionalismo atual, a Constituição deixou de proteger tão somente a vida. Isso ocorre uma vez que se buscou assegurar o direito de viver, especialmente com dignidade, tornando-se a proteção à saúde imprescindível.²⁵

No que toca aos direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, inserida no art. 7º, a saúde foi tratada em três incisos distintos. Um deles traz a proteção contra os riscos inerentes ao trabalho, por normas de saúde, higiene e segurança (XXII) e o outro dá o direito

²²COSTA, Joaquim Barros Martins da. A possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 6, 2. quin. mar. 2012, p. 187.

²³ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do trabalho*, Porto Alegre, v. 27, n. 317, maio. 2010, p. 13.

²⁴OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde o trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 127.

²⁵Ibidem, p. 115.

ao benefício previdenciário, sem prejuízo da indenização do empregador, quando decorrente de acidente do trabalho (XXVIII). Por isso, a seguinte observação é pertinente:

“Inserir a saúde do trabalhador como direito fundamental é fruto de uma longa luta e ampliação de consciência, que pode ser vista na evolução normativa. O certo é que esse direito está dentro do catálogo de direito e liberdade positivadas que compõem o conjunto de direitos fundamentais na Constituição Brasileira, tanto no que diz respeito ao seu individualista – o direito à vida e à integridade física – quanto ao seu aspecto social: direito à saúde e ao meio ambiente de trabalho sadio. Além disso, a título de reparação, o sistema constitucional brasileiro oferece um sistema duplo, constituído de benefícios previdenciários (aposentadoria, pensões e auxílio acidente) e indenizações civis (responsabilidade civil do empregador).”²⁶

Pelo art. 7º, XXIII, garantiu-se a percepção de adicionais de remuneração para atividades em que haja insalubridade, periculosidade ou penosidade, na medida em que tais situações afetam diretamente a saúde do obreiro.

Diante do exposto, nota-se que o direito à saúde possui ampla proteção constitucional seja por via direta, mediante dispositivos expressos, ou indireta, pela garantia de outros direitos intimamente ligados à saúde. Em razão da proteção adotada, o direito à saúde impõe-se, então, não apenas como um direito fundamental que deve ser buscado e garantido pelo Estado, mas, também, direito subjetivo de todos, inclusive dos trabalhadores.

1.3 Proteção internacional

A proteção ao trabalhador, dada a extrema importância que possui, pois ligada a uma série de princípios, garantias e direitos fundamentais, não foi tratada apenas na seara constitucional. Por esse motivo, é interessante entender as diversas fontes do direito trabalhista. Estas são divididas pela doutrina em formais e materiais. Segundo Sérgio Pinto Martins, as fontes materiais caracterizam-se pelo conjunto de fatores reais que influenciam, de alguma forma, o surgimento das normas jurídicas, isto é, são o conjunto de fatos sociais e históricos que dão ensejo às normas. Já as fontes formais constituem formas de exteriorização do direito e são divididas, ainda, em autônomas e heterônomas.²⁷

Analisando as fontes heterônomas, ou seja, aquelas que não contam com a participação direta ou imediata dos trabalhadores em sua elaboração, destacam-se os tratados

²⁶ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do trabalho*, Porto Alegre, v. 27, n. 317, maio. 2010, p. 14.

²⁷MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 38.

internacionais, uma vez que na própria CF de 1988 incluiu-se no ordenamento o art. 5º, § 2º. Este preceito dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.²⁸

Nessa seara, não de ser realçados os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. Com o advento do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, houve uma relevante abertura ao direito internacional. Em função do referido dispositivo, em 2000 o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento do RHC 79.785/RJ, que os tratados de direitos humanos teriam *status* denominado supralegal, mas infraconstitucional, porquanto estariam em um nível acima das leis federais, mas abaixo da Constituição, conforme observação feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence.²⁹

A Emenda Constitucional 45 de 2004, entretanto, inovou no tratamento dado aos tratados e convenções internacionais, ao introduzir, no art. 5º da CF, o § 3º. Este dispõe que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados com o mesmo *quorum* exigido para as emendas constitucionais (em dois turnos, por três quintos dos membros de cada Casa do Congresso), receberiam *status* constitucional, pois teriam força de emenda.³⁰

Já os tratados sobre direitos humanos aprovados por outro trâmite, que não o de emenda constitucional, como ocorre nos casos de tratados aprovados antes de 2004, teriam *status* supralegal, ou seja, acima das leis, mas abaixo da Constituição Federal. Aqueles que não versassem sobre direitos humanos continuariam tendo força de lei ordinária.³¹

Tendo em vista as considerações tecidas anteriormente sobre a eficácia das convenções e tratados internacionais, cumpre destacar que, dentre as Convenções ratificadas pelo país, sobressaem-se as de nº 148, 155 e 161 da Organização Internacional do Trabalho,

²⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde o trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 71.

²⁹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno. Um estudo sobre a jurisprudência do STF. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1557, 6 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10491>>. Acesso em: 6 ago. 2013.

³⁰ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Op. cit., p. 72.

³¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Roteiro de direito constitucional*. 4. ed. Brasília: Gran Cursos, 2011, p. 90.

todas elas, de alguma forma, com o intuito de proteger o trabalhador, principalmente no que tange à saúde desse.³²

A Convenção nº 148, que dispõe sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos devidos à contaminação do ar, ruído e vibrações no local de trabalho, foi aprovada no Brasil por meio do Decreto nº 93.413/1986. A referida Convenção possui importância na medida em que previu uma colaboração entre os representantes dos empregados e dos empregadores na aplicação e formulação de medidas técnicas para prevenir ou limitar os riscos dos profissionais expostos às condições prejudiciais, sendo, ainda, responsabilidade do empregador a aplicação de tais medidas protetivas. A Convenção nº 148 também trouxe a possibilidade dos representantes dos empregados e empregadores acompanharem a inspeção do local de trabalho a fim de garantir que todos participem do processo. O direito à informação do trabalhador também foi evidenciado na medida em que este deve estar ciente dos riscos a que estará exposto. Ademais, buscou-se fixar limites de tolerância de exposição aos agentes, tendo sempre em vista a evolução tecnológica da época e, sempre que for possível, eliminando o risco.³³

A Convenção nº 155, sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, ratificada em 1992, foi promulgada pelo Decreto nº 1.254 de 1994 e teve como escopo estabelecer normas e princípios sobre o assunto. Sebastião de Oliveira ressalta que a tal convenção adotou um critério de saúde mais objetivo, retirando o “completo bem-estar” adotado em período anterior pela OMS e estabelecendo que a saúde abrange não somente a ausência de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde do trabalhador e que estão ligados à segurança e à higiene do trabalho, conforme art. 3º, *e*. Dessa forma, procurou-se proteger, também, a saúde mental dos trabalhadores.³⁴

Tal convenção prevê que cada país institua uma política nacional sobre segurança, saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, a ser examinada periodicamente e contando com instrumentos capazes de garantir sua efetividade. O principal objetivo concerne

³²SILVA, Leandro Luciano; SILVA, Lillian Moraes. Fundamentos para cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 12, jun. 2011, p. 16.

³³OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde o trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 77-79.

³⁴*Ibidem*, p. 80.

à prevenção de acidentes e danos à saúde do trabalhador, sendo, para isso, obrigatório ao empregador reduzir os agentes agressivos quando houver possibilidade técnica.³⁵

A convenção não deixa de abordar os agentes que afetam a saúde dos trabalhadores. Por isso, Sebastião Geraldo de Oliveira destaca que “fica evidente o posicionamento atual de considerar os múltiplos fatores causais da saúde e como a norma jurídica está procurando agir em todas as frentes que possam, direta ou indiretamente, preservar o ser humano, tanto no aspecto físico quanto no mental”.³⁶ Ainda na mesma linha, outros pontos importantes foram alvo de regulamentação, como a exposição a agentes prejudiciais:

“A concepção dos efeitos combinados dos agentes agressivos, à semelhança do que foi previsto no art. 8.3 da Convenção n. 148, foi também expressamente adotada nesta Convenção (art. 11, *b*). A presença de vários agentes agressivos, pelo efeito sinérgico, em vez de apenas somar, multiplica os malefícios. Pode ser que todos os agentes agressivos do ambiente de trabalho, isoladamente considerados, estejam dentro de limites toleráveis, mas a exposição simultânea, pelos efeitos combinados, desloca para patamar inferior os limites de tolerância.”³⁷

Por esse motivo, percebe-se uma preocupação com a saúde do trabalhador de modo que o trabalho se adapte às condições dele e não, o contrário. Para que isso seja possível, o reexame das normas de modo permanente se faz necessário e indispensável. Cabe à política de segurança e saúde, então, promover estudos sobre os agentes que possam causar afronta à saúde do trabalhador uma vez que, com a evolução do mercado, há o aparecimento de novos produtos e novos riscos aos trabalhadores.³⁸

Buscando a proteção obreira, a norma traz a possibilidade de haver a interrupção da atividade laboral se aquele que a exerce considerar a existência de perigo iminente capaz de causar danos à sua saúde ou à sua vida. A mesma convenção 155/92 traz também uma reeducação dos trabalhadores na medida em que prevê que as questões de segurança, higiene e meio ambiente de trabalho devam ser incorporadas ao ensino.³⁹

³⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde o trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 80.

³⁶ Ibidem, p. 81.

³⁷ Ob. loc. cit..

³⁸ Ob. loc. cit..

³⁹ Ibidem, p. 82.

Cabe ao empregador garantir que o local de trabalho não exponha riscos à saúde e à segurança do trabalhador, tendo esse direito à informação, devendo, por sua vez, cooperar no cumprimento das normas de saúde e segurança. Ao mesmo tempo, não poderá haver ônus financeiro sobre o empregado para adoção de medidas de proteção.⁴⁰

Por fim, a Convenção nº 161, ratificada em 1990 e promulgada pelo Decreto nº 127 de 1991 tratou da segurança e saúde dos trabalhadores, especificamente nos serviços de saúde no local de trabalho. A convenção buscou focar em medidas preventivas para se ter um ambiente de trabalho saudável por meio de uma política nacional a ser colocada em prática, dentre outras medidas.⁴¹

As ratificações dessas convenções, em síntese, demonstram a preocupação do Brasil com a saúde do trabalhador e com os direitos que lhe são inerentes. A assinatura e posterior internalização dos tratados representam a reiteração, pelo país, de todas conquistas trabalhistas obtidas desde o século XVIII, além de demonstrar um engajamento internacional cada vez mais crescente com a evolução mundial acerca de determinados temas comuns como é o caso da saúde do trabalhador.⁴²

1.4 Outras normas aplicáveis

Analisando, ainda, as fontes heterônomas, além dos tratados e convenções internacionais, destacam-se como normas de proteção ao obreiro, em sede infraconstitucional, as normas de Segurança e Medicina do Trabalho dispostas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a partir do art. 154, e as Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).⁴³

As normas de segurança e medicina do trabalho, conforme leciona Sérgio Pinto Martins, “são o segmento do Direito do Trabalho incumbido de oferecer condições de proteção à saúde do trabalhador no local de trabalho, e de sua recuperação quando não estiver

⁴⁰OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde o trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 83.

⁴¹Ob. loc. cit..

⁴²SILVA, Leandro Luciano; SILVA, Lillian Moraes. Fundamentos para cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 12, jun. 2011, p. 17.

⁴³ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do trabalho*, Porto Alegre, v. 27, n. 317, maio. 2010, p. 12.

em condições de prestar serviços ao empregador”.⁴⁴ Por isso, Amador Paes de Almeida infere que “a segurança do trabalho visa, como facilmente se percebe, prevenir e evitar acidentes; a medicina, por seu turno, tem como objetivo a preservação da saúde do trabalhador”.⁴⁵

Em breve síntese, tendo em vista os objetivos dessas normas, incumbe a Secretaria de Segurança e Saúde do Trabalho, que pertence ao MTE, fixar, coordenar e fiscalizar a aplicação das normas de proteção, sendo obrigatória sua observância pelo empregador.⁴⁶

O art. 200 da CLT previu, por sua vez, outras medidas especiais de proteção, sendo que a Portaria nº 3.214 de 78 incumbiu-se de tratar de outras normas complementares a respeito das condições de segurança no trabalho. Desse modo, a referida portaria e as Normas Regulamentadoras são responsáveis por detalhar as medidas contempladas em tal dispositivo legal.⁴⁷

Nesse aspecto, cabe explicitar que as Normas Regulamentadoras, conhecidas por NR's, são importantes, porquanto estabelecem requisitos técnicos e legais sobre os aspectos mínimos de segurança e saúde, sendo elas de cumprimento obrigatório para qualquer empresa ou instituição que tenha empregados regidos por regime celetista, sejam elas empresas privadas ou públicas.⁴⁸

A observância das Normas Regulamentares não dispensa que as empresas cumpram disposições contidas em outras normas como os regulamentos sanitários ou aquelas provenientes de convenções e acordos coletivos de trabalho.⁴⁹

No que se refere à proteção do trabalhador, Sérgio Pinto Martins assevera que, por outro lado, as convenções coletivas também podem estabelecer regras específicas acerca da medicina e segurança do trabalho, contanto que não se restrinjam direitos ou a proteção já conferida, como se infere da Lei nº 6.514 de 77. Lembra, ainda, que os acordos coletivos poderiam ser utilizados,

⁴⁴MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 657.

⁴⁵ALMEIDA, Amador Paes. *CLT comentada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 116.

⁴⁶Ob. loc. cit..

⁴⁷MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 218.

⁴⁸MTE. NR – 1. Disponível em:

<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEF0F7810232C/nr_01_at.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2013.

⁴⁹Ibidem.

“Parece que o legislador se esqueceu que podem existir regras em acordos coletivos sobre o tema, nada impedindo às partes interessadas estabelecer em acordo coletivo normas sobre medicina e segurança do trabalho, que terão aplicação exclusiva entre os sindicatos de trabalhadores e uma ou mais empresas, sendo, portanto, mais particularizadas aos casos concretos dessas empresas.”⁵⁰

Francisco Rossal de Araújo ensina que, apesar do código civil não tratar expressamente do direito à saúde, este é reforçado, mesmo que de modo indireto, pelos direitos da personalidade. Portanto, importante destacar:

“Nos artigos 11 a 21, o Código Civil reafirma o direito à integridade física, honra, imagem, privacidade e intimidade. Dá ao juiz amplo leque de meios jurídicos para a proteção destes direitos, estendendo a possibilidade de defesa desses inclusive para depois da morte de seu titular.”⁵¹

A cláusula de boa-fé, também exerceria papel importante no direito do trabalho, uma vez que as partes devem guardar lealdade e boa-fé quando da assinatura do contrato e sua posterior execução. Aplicado ao direito do trabalho, a boa-fé se traduziria em um treinamento adequado, na instrução passada pelo empregador a respeito do manuseio das máquinas e aos riscos inerentes ao trabalho. Nesse sentido, a jurisprudência do TST é firme ao indicar caber ao empregador o fornecimento dos equipamentos de proteção individual e a fiscalização de seu uso correto, como se vê pelo exposto na Súmula 289 do TST: “o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado”.⁵²

1.5 Adicionais de insalubridade e periculosidade e saúde do trabalhador. Questão da monetização dos riscos

Nessa perspectiva, uma vez que a saúde é objeto de tutela das mais diversas formas, percebe-se que o Estado buscou dar um tratamento diferenciado aos trabalhadores submetidos a condições especiais de trabalho, como ocorre nos casos em que haja insalubridade, periculosidade ou penosidade. O tratamento especial se deu em face da prejudicialidade desses fatores à saúde e à vida do trabalhador.

⁵⁰MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 181.

⁵¹ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do trabalho*, Porto Alegre, v. 27, n. 317, maio. 2010, p. 17.

⁵²Ibidem, p. 18-19.

Tendo em vista os agentes agressivos e levando em consideração o mal potencial que podem causar à saúde, o direito do trabalho comparado encontrou, basicamente, três saídas possíveis diante da incidência dos referidos agentes.⁵³

A primeira delas consiste no aumento da remuneração com vistas a compensar o maior desgaste do trabalhador. Essa postura adotada recebeu a nomenclatura de “monetização do risco”. A segunda medida encontrada foi a proibição do trabalho sob condições adversas e a terceira, a redução da jornada de trabalho quando observada a incidência desses riscos.⁵⁴

Uma vez que a Constituição Federal garantiu, portanto, o recebimento de adicionais, que serão devidos “na forma da lei” em caso de insalubridade, periculosidade e penosidade, conforme o art. 7º, XXIII, consignou-se a adoção da monetização dos riscos frente às situações de trabalho que gerassem riscos ao trabalhador.⁵⁵

Entretanto, no art. 193, § 2º da CLT, que regulamenta a matéria, há negação ao recebimento de adicionais cumulados, devendo o trabalhador exposto a ambas as condições optar por um apenas um adicional.⁵⁶

Levantada a referida discussão sobre os adicionais e tendo em vista sua importância para os trabalhadores, o estudo dos adicionais de periculosidade e insalubridade se faz imprescindível para o desenvolvimento da análise da possibilidade de cumulação.

⁵³OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde o trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 129.

⁵⁴Ob. loc. cit..

⁵⁵Ob. loc. cit..

⁵⁶A Consolidação das Leis do Trabalho assim dispõe: “Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”.

2 ADICIONAIS E SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO

Antes de adentrarmos especificamente no tema dos adicionais de insalubridade e periculosidade cabe uma importante observação acerca da natureza dos adicionais em geral.

Mauricio Godinho Delgado ensina que “os adicionais consistem em parcelas contra prestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício em circunstâncias tipificadas mais gravosas”⁵⁷. Salienta o festejado autor que, como as parcelas dos adicionais têm um caráter eminentemente suplementar, não assumem a posição central na remuneração uma vez que há, ainda, a parcela principal percebida pelo empregado. Por esse motivo, Delgado assevera a respeito da parcela do adicional:

“paga-se um *plus* em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados, da responsabilidade e encargos superiores recebidos, do exercício cumulativo de funções, etc. Ela é, portanto, nitidamente salarial, não tendo, em consequência, caráter indenizatório (ressarcimento de gastos, despesas; reparação de danos, etc.”⁵⁸

Com efeito, tendo em mente o caráter salarial das parcelas referidas, o autor enfatiza que o posicionamento ora defendido é consolidado na doutrina e na jurisprudência, como é possível observar das súmulas do próprio Tribunal Superior do Trabalho. Em razão disso, para o autor, o entendimento de que as parcelas seriam indenizatórias é posicionamento superado.

2.1 Adicional de insalubridade

Primeiramente, faz-se necessário compreender o que é insalubridade. Segundo Tuffi Messias Saliba, o termo “insalubre” é originário do latim, que significa tudo aquilo que origina doença.⁵⁹

A acepção legal, por seu turno, é definida pelo art. 189 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que dispõe:

⁵⁷DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 711.

⁵⁸Ob. loc. cit..

⁵⁹SALIBA, Tuffi Messias. *Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 11.

“Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.”

Valentin Carrión define insalubridade como “o conjunto das atividades ou operações que exponham a pessoa humana a agentes nocivos à saúde”.⁶⁰

Evidentes os problemas à saúde do trabalhador que a exposição a agentes agressivos podem, porventura, causar, a ciência da Higiene do Trabalho evoluiu na medida em que buscou tratar e, de algum modo, controlar os agentes que ensejam a possibilidade de causar doenças profissionais.⁶¹ Nesse aspecto, os agentes causadores de danos podem ser físicos, químicos ou biológicos. Em razão da exposição a esses fatores, limites de tolerância foram predeterminados a fim de estabelecer os respectivos quantitativos suportáveis pelo próprio ser humano. A crítica que Tuffi Messias Saliba faz ao dispositivo é de que, embora os níveis de tolerância representem um valor numérico abaixo do qual se acredita que a maioria dos trabalhadores não tenha problemas, deve ser analisado sob a perspectiva de parâmetro de avaliação do ambiente de trabalho, pois não assegura a inexistência de doenças causadas pela exposição.⁶²

Devido aos parâmetros estabelecidos, Sérgio Pinto Martins aponta que, para que fique evidenciado o direito ao recebimento do adicional, é preciso que haja:

“(a) exposição a agentes nocivos à saúde do trabalhador; (b) que essa exposição seja acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição, pois se a exposição estiver nos limites de tolerância, não há direito ao adicional.”⁶³

Portanto, para o recebimento dos adicionais, as características devem estar presentes e, caso faltantes ou abaixo dos níveis propostos, não ensejarão o recebimento do adicional. Nesse sentido, a fixação dos níveis de tolerância assim como a definição das substâncias e elementos insalubres coube ao Ministério do Trabalho e Emprego, como se verá a seguir.

⁶⁰CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

⁶¹SALIBA, Tuffi Messias. *Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 11.

⁶²Ibidem, p. 12.

⁶³MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 256.

2.1.1 Normas regulamentadoras

Apesar da conceituação de adicional de insalubridade estar definida no artigo celetista acima destacado, qual seja, o art. 189, o art. 190 da CLT estabelece que caberá ao Ministério do Trabalho “a aprovação do quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização de insalubridade, os limites da tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.”⁶⁴

Nesse diapasão, o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Portaria nº 3.214/78 encarregou-se de tratar da matéria de Segurança e Medicina do Trabalho, aí incluída a questão da insalubridade, tratada na NR nº 15 e seus anexos.

Cumprе salientar que, embora o art. 189 da CLT tenha fixado que havendo incidência acima dos valores tolerados haverá a incidência do adicional, outros critérios foram estabelecidos para que a insalubridade fosse caracterizada: avaliação quantitativa, avaliação qualitativa e avaliação de riscos inerentes à atividade.⁶⁵

No que tange à avaliação quantitativa, essa consiste na avaliação do perito, tendo por base os níveis estabelecidos nas Normas Regulamentadoras. O perito procede, então, à verificação de conformidade da intensidade ou concentração do agente em relação aos limites de tolerância estabelecidos. A insalubridade será devida se ultrapassados os limites definidos.⁶⁶

A avaliação qualitativa também consiste na inspeção realizada por perito, mas será verificado o posto de trabalho e as funções exercidas pelo trabalhador. Devem-se levar em consideração o tempo de exposição, o equipamento de proteção utilizado e, segundo o autor supramencionado, os limites fixados para que se faça o parecer conforme os limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego.⁶⁷

⁶⁴MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 669.

⁶⁵SALIBA, Tuffi Messias. *Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 13.

⁶⁶Ob. loc. cit..

⁶⁷Ob. loc. cit..

Para que não haja arbitrariedade, o Ministério de Trabalho e Emprego fixou, por meio da Portaria nº 3.311/89, que a exposição de curta duração (dentre 25 a 30 minutos por dia), intermitente ou eventual não ensejaria a percepção do adicional de insalubridade.⁶⁸

A avaliação qualitativa de riscos inerentes à atividade toma por base as atividades em que não haja modo de se eliminar ou neutralizar a insalubridade por meio de equipamentos de proteção individual. Portanto, a caracterização da insalubridade será feita por inspeção do perito no ambiente laboral.⁶⁹

Pelo exposto no art. 195 da CLT, a insalubridade ficará caracterizada, então, segundo as normas do MTE, por meio de perícias feitas pelo do médico do trabalho ou engenheiro do trabalho que tenham os respectivos registros no Ministério. O parágrafo primeiro possibilita que haja requerimento dos sindicatos e categorias profissionais ao MTE para realização de perícias nos estabelecimentos de trabalho.

Sérgio Pinto Martins, nesse sentido, faz uma observação importante no que concerne à caracterização do adicional: “quem irá definir o quadro de atividades e operações insalubres é o Ministério do Trabalho e não o perito, pois é preciso verificar se há elementos agressivos à saúde do obreiro”.⁷⁰ Desse modo, destaca-se que, apesar do perito não definir quais atividades são consideradas insalubres para fins do recebimento de adicional, pois essa definição é de competência do MTE, o perito, ainda assim, é responsável por constatar se o ambiente examinado enquadra-se ou não nas situações de insalubridade descritas nas NR.

Portanto, conclui-se que simples avaliação do perito de que haja condição insalubre não é suficiente, pois, além de ser comprovado na perícia como insalubre, o agente deve estar no quadro aprovado pelo Ministério do Trabalho e Emprego e acima do nível de tolerância permitido. Como consectário lógico, a imprevisão das atividades insalubres no quadro impossibilita o recebimento do adicional, mesmo se comprovada a sua existência. Em sentido similar, dispõe a Súmula 460 do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, “para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não

⁶⁸SALIBA, Tuffi Messias. *Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 13.

⁶⁹Ob. loc. cit..

⁷⁰MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 202.

dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato de competência do Ministério do Trabalho”.⁷¹

Apesar do enquadramento das atividades insalubres pelo Ministério do Trabalho e Emprego esta também não é suficiente quando se trata da percepção cumulada do adicional de insalubridade aos empregados sujeitos a mais de um agente insalubre. Alice Monteiro de Barros explica que a cumulação do adicional de insalubridade não tem sido aceita pelo Tribunal Superior do Trabalho porquanto há o entendimento de que o item 15.3 contido na Norma Regulamentadora nº 15 inibiria a cumulação.⁷²

Alice Monteiro de Barros faz uma crítica à referida interpretação, entendendo que, devido às condições duplamente gravosas e prejudiciais ao organismo, os adicionais cumulados de insalubridade deveriam ser percebidos. Por isso, faz a seguinte observação:

“Saliente-se que a determinação contida na NR-15 da Portaria nº 3.214 de 1978, no sentido de considerar apenas o fator de insalubridade de maior grau, no caso de incidência de mais de um agente insalubre, extrapola os limites da própria lei, que não proíbe a cumulação de mais de um adicional de insalubridade.”⁷³

A permissão da prevalência desse dispositivo, segundo a autora, seria um desestímulo aos empregadores para buscarem melhores condições de trabalho. O posicionamento por ela adotado, apesar de fazer referência à cumulação de adicionais de insalubridade, será importante para a análise da possibilidade de cumulação de adicionais de periculosidade e insalubridade, mais adiante neste estudo.

Constatada a insalubridade, por meio de perícia, a CLT reza em seu art. 192, que “o adicional de insalubridade será devido à razão de 40% (grau máximo), 20% (grau médio) e 10% (grau mínimo), calculado sobre o salário mínimo”.⁷⁴

Muito já se discutiu a respeito da vedação do cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário mínimo, em razão da vedação constante no art. 7º, IV, em que a Constituição veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. O referido posicionamento foi corroborado, ainda, pela Súmula Vinculante nº 4 do STF que dispõe: “salvo nos casos

⁷¹MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 203.

⁷²BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 770.

⁷³Ob. loc. cit..

⁷⁴MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 669.

previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.⁷⁵ Entretanto, o posicionamento que prevalece é de que o adicional incide sobre o salário mínimo, ao menos enquanto o Congresso Nacional não editar uma norma legal a respeito, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar em Reclamação Constitucional nº 6.266/DF.⁷⁶

Ao passo que a verificação da insalubridade gera por consequência o direito ao adicional, a eliminação ou neutralização faz que o adicional não seja exigível, como dispõe o art. 191 da CLT:

“Art. 191. A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá:

I – com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;

II – com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.”

A superação dos riscos de insalubridade, então, dependerá da adoção de medidas que conservem o ambiente laboral dentro de níveis de tolerância permitidos ou com a utilização de equipamentos individuais de proteção, diminuindo a intensidade do agente⁷⁷. No mesmo sentido, tem-se a Súmula 80 do TST: “A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional”.

Sérgio Pinto Martins afirma que a neutralização consistiria na diminuição a níveis toleráveis de exposição aos agentes insalubres, ao passo que a eliminação apresenta-se pela anulação dos efeitos da insalubridade no ambiente laboral.⁷⁸

Conforme Tuffi Messias Saliba leciona, as medidas a serem adotadas consistem também naquelas em que se busca controlar o ambiente, tentando, de certa forma, eliminar o agente. Quando isto não for viável, o controle individual se torna medida imprescindível.

⁷⁵MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 669.

⁷⁶MENDANHA, Marcos Henrique. *Adicional de insalubridade: salário mínimo ou base?* Disponível em: <<http://www.saudeocupacional.org/2012/02/adicional-de-insalubridade-salario.html>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

⁷⁷MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., p. 669.

⁷⁸MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 204.

Dentre os elementos de controle individual, o equipamento de proteção individual (EPI) possui previsão legal, conforme disposto no art. 191, II, da CLT.⁷⁹

Nessa mesma perspectiva, se o EPI resultar em redução do nível de insalubridade de grau máximo para mínimo, a redução do adicional se faz imperiosa, pois intimamente ligada ao seu nível de incidência.⁸⁰ Entretanto, há entendimento sumulado do TST de que

“Súmula nº 289/TST. O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.”

Conforme a Súmula 289/TST, portanto, fica superado o entendimento de que o simples oferecimento do equipamento exime o empregador do pagamento dos adicionais.⁸¹

2.1.2 Objeto de proteção

O adicional de insalubridade visa especialmente compensar o desgaste do trabalhador, uma vez que a exposição aos agentes insalubres ocasiona significantes riscos de desenvolvimento de problemas físicos e mentais no trabalhador como resultado da exposição.

Para Antônio Carlos Vendramini a insalubridade corresponde a um risco:

“associado a todo e qualquer agente, seja ele físico, químico ou biológico, que direta ou indiretamente produza dano à saúde do trabalhador de forma cumulativa e paulatina. Cumulativamente porque, na sua grande maioria, os males que acometem os trabalhadores são progressivos e irreversíveis.”⁸²

A partir desse pensamento, é possível se concluir que o adicional de insalubridade é devido pela exposição aos agentes nocivos. Estes, por produzirem danos à saúde de forma gradativa, diferenciam-se do adicional de periculosidade, como será abordado a seguir.

⁷⁹SALIBA, Tuffi Messias. *Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 20.

⁸⁰MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 204.

⁸¹BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 771.

⁸²VENDRAMINI, Antônio Carlos. Insalubridade versus periculosidade. *Suplemento Trabalhista*, São Paulo, n. 162, ago. 1998, p. 755.

2.1.3 Atividades insalubres

Como já destacado, as atividades consideradas insalubres para fins de percebimento do adicional respectivo são definidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. A Norma Regulamentadora nº 15, por seu turno, definiu as atividades insalubres. Os anexos da NR 15 definem os agentes insalubres, como Sérgio Pinto Martins bem destacou:

“nº 1, ruídos; nº 2, ruídos de impacto; nº 3, exposição ao calor; nº 5, radiações ionizantes; nº 6, trabalho sob condições hiperbáricas; nº 7 radiações não ionizantes; nº 8, vibrações; nº 9, frio; nº 10, umidade; nº 11, agentes químicos cuja insalubridade é caracterizada por limite de tolerância e inspeção no local de trabalho; nº 12, poeiras minerais; nº 13, agentes químicos; nº 14, agentes biológicos.”⁸³

Ao passo que as atividades classificadas pelo MTE caracterizam-se como insalubres, Alice Monteiro de Barros destaca algumas atividades não consideradas para esses fins, mesmo que demonstrada a insalubridade em laudo pericial:

“a limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatada por laudo pericial, porque não se encontram classificadas na Portaria do Ministério do Trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 4, inciso I e II, da SDI-1 do TST). Igualmente, em face da ausência de previsão legal, é indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto (art. 195 da CLT e NR-15 MTb, Anexo 7). É o que se infere da Orientação Jurisprudencial nº 173 da SDI-1 do TST.”⁸⁴

Portanto, conclui-se que é condição imprescindível a atividade estar enquadrada pelo Ministério do Trabalho e Emprego para que seja devido o adicional de insalubridade.

2.2 Adicional de periculosidade

O adicional de periculosidade consiste na contraprestação devida ao trabalhador pelo exercício de atividades que potencialmente podem lhe causar um “infortúnio súbito, imediato, capaz de lhe tolher a vida ou provocar lesão grave de um momento para outro”.⁸⁵

A definição das atividades consideradas perigosas para fins do adicional de periculosidade está expressa no art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho:

⁸³MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 202.

⁸⁴BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 768.

⁸⁵FORMOLO, Fernando. A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Justiça do Trabalho*, São Paulo, n. 269, maio 2006, p. 55.

"Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial".

A Lei 12.740, de dezembro de 2012, mudou substancialmente a antiga redação⁸⁶ conferida ao art. 193 da CLT, inaugurando, assim, uma nova conjuntura. Rodrigo Balbino ressalta a concepção presente à época da feitura da norma original, datada de 1977:

"Numa concepção inspirada mais na compensação financeira dos riscos inerentes ao trabalho desenvolvido do que propriamente em sua redução ou eliminação, o artigo 193 da CLT contemplava apenas as hipóteses de atividades em contato permanente com inflamáveis ou explosivos."⁸⁷

Com efeito, comparando a antiga redação com a nova conferida pela Lei 12.740/12, nota-se que houve a adição do direito ao recebimento do adicional de periculosidade a favor dos trabalhadores expostos à energia elétrica e dos profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

Lembre-se que os eletricitários já possuíam direito ao recebimento do adicional, mas regulado por lei específica, qual seja a Lei nº 7.369/85. Esta acabou sendo revogada pela atual Lei 12.740, gerando implicações diretas para os trabalhadores expostos à energia elétrica, como se verá a seguir.

Para diferenciar os empregados submetidos a atividades perigosas, fixou-se o "adicional de 30% sobre o salário do empregado, sem os acréscimos de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa", conforme estampado no art. 193, § 1º, da CLT.⁸⁸

⁸⁶ Assim dispunha o art. 193 da CLT antes da Lei 12.740/12: "Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado."

⁸⁷ BALBINO, Rodrigo Pasqua de Oliveira. O novo regramento do adicional de periculosidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, nº 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23599>>. Acesso em: 5 set. 2013.

⁸⁸ *Ibidem*.

Sérgio Pinto Martins, corroborando o posicionamento de Maurício Godinho Delgado, relembra que o adicional de periculosidade não tem natureza indenizatória sendo, portanto, espécie dita salarial.⁸⁹

Renato Saraiva assegura que, para que fique caracterizada a periculosidade, não há necessidade de continuidade da exposição do respectivo agente ao trabalhador como ocorre com a insalubridade. A periculosidade se caracteriza pelo risco do acontecimento de um sinistro capaz de ensejar problemas à vida ou integridade física do trabalhador.⁹⁰

Nesse sentido, a Súmula 364 do TST indica que faz jus ao adicional o trabalhador exposto permanentemente ou de forma intermitente. Por outro lado, o adicional será indevido quando o contato for eventual, considerado para esses efeitos o fortuito ou aquele que, mesmo que habitual, ocorra por tempo reduzido.

O adicional em comento não será percebido ante a eliminação do risco à integridade física do trabalhador, porquanto não há direito adquirido ao adicional.⁹¹

2.2.1 Objeto de proteção

Para Maria Bernadete Miranda, o adicional de insalubridade se diferenciaria do adicional de periculosidade na medida em que:

“diferentemente do adicional de insalubridade, que afeta a saúde do trabalhador, o adicional de periculosidade tem o objetivo de ‘compensar’ o empregado que desenvolve sua atividade em risco iminente de sua vida. Deve-se considerar que um trabalhador desenvolve uma atividade perigosa quando esta causa risco a sua vida ou a sua incolumidade física.”⁹²

Em razão disso, as condições geradoras de um risco de vida legalmente indicados gerariam o recebimento do adicional. Por isso, pode-se dizer que o adicional de periculosidade tem como objeto de proteção o direito à vida e à incolumidade física uma vez que as condições às quais está exposto o empregado geram perigo não somente à sua saúde, mas à sua vida como um todo.

⁸⁹MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 259.

⁹⁰SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 355.

⁹¹Ob. loc. cit..

⁹²MIRANDA, Maria Bernadete. *O adicional de periculosidade*. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/aulas/dt/A9.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2013.

2.2.2 Atividades perigosas

O art. 193 da CLT define as atividades consideradas perigosas, sendo elas aquelas prestadas pelo trabalhador em exposição a inflamáveis, explosivos, energia elétrica, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

A Orientação Jurisprudencial 345 da SDI-I assegura o adicional de periculosidade aos empregados expostos à radiação ionizante ou à substância radioativa, na medida em que as Portarias do Ministério do Trabalho e Emprego caracterizam essas atividades como perigosas (Portarias MTE nº 3.393/87 e nº 518/03).⁹³

Os operadores de bomba de gasolina também fazem jus ao adicional, consoante Súmula 39 do Tribunal Superior do Trabalho.⁹⁴

No que se refere aos trabalhadores expostos às atividades de energia elétrica, a revogação da Lei 7.369/85 pelo art. 3º da Lei 12.740/12 causou impactos diretos sobre as verbas recebidas, uma vez que o art. 1º da lei revogada previa a percepção de adicional de 30% aos trabalhadores sobre o salário percebido. Revogada a lei, os trabalhadores estariam sujeitos não mais a legislação específica destinada aos eletricitários, mas, sim, às regras elencadas na própria CLT, aplicáveis aos demais trabalhadores. Por isso, Rodrigo Pasqua de Oliveira Balbino faz a seguinte constatação:

“Assim, enquanto o dispositivo revogado estabelecia a incidência do adicional sobre o salário dos eletricitários, o novo regramento genérico prevê a incidência sobre o salário básico (sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa)”.⁹⁵

Muito embora as mudanças ocorridas sejam, ainda, recentes, criando a expectativa de pronunciamento do TST, o Supremo Tribunal Federal (STF) recebeu, no mês de julho de 2013, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5013), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria, em face do art. 3º da Lei 12.740 de 2012. A Confederação alega que a lei revoga garantia ao recebimento do adicional sobre a

⁹³SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 357.

⁹⁴MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 260.

⁹⁵BALBINO, Rodrigo Pasqua de Oliveira. O novo regramento do adicional de periculosidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, nº 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23599>>. Acesso em: 5 set. 2013.

remuneração, sendo a nova redação do art. 193 da CLT menos benéfica, pois manda calcular o adicional sobre o salário base. O fundamento do pedido de inconstitucionalidade reside no fato de que a nova lei feriria o art. 7º da Constituição Federal por dispor de forma contrária à condição mais favorável aos trabalhadores. Ademais, argumenta-se também que o novo dispositivo viola o princípio da proibição do retrocesso social.⁹⁶

A Lei 12.740 de 2012 assegurou o recebimento do adicional de periculosidade também aos profissionais que atuam no setor de segurança pessoal e patrimonial, conforme nova redação conferida ao art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho. Dessa forma, assevera Rodrigo Pasqua Balbino, os vigilantes regidos pela Lei 7.102 de 1983 também teriam direito ao recebimento do adicional de periculosidade, desde que preenchidas as condições estabelecidas no *caput* do art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O autor explica que o grande crescimento das empresas de vigilância influenciou na inclusão dos vigilantes no art. 193 da CLT, especialmente devido ao crescimento da violência e problemas recorrentes de segurança pública no Brasil. Lembra, ainda, que, embora outros profissionais fiquem de fora da proteção acobertada pelo artigo, esses podem pleitear o adicional por meio de negociação coletiva.⁹⁷ Tratando um pouco do tema, Rodrigo de Pasqua Balbino traz a seguinte informação:

“Com o advento da Lei 12.740 firmou-se um tratamento legislativo uniforme para a concessão do adicional de periculosidade, uma vez que foi superado, ao menos no plano legal, o tratamento diferenciado e, diga-se, favorecido, aos eletricitários. Resta saber como a jurisprudência disciplinará a questão dos eletricitários.”⁹⁸

Apesar das mudanças ocorridas, o art. 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, permaneceu inalterado de modo que o empregado submetido a condições insalubres e perigosas continua tendo de optar por apenas um dos adicionais (insalubridade ou periculosidade).

Muito embora mudanças substanciais não tenham ocorrido no sentido de contribuição à elaboração deste trabalho, as alterações e inclusões ocorridas após a edição da

⁹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=243596>>. Acesso em: 5 set. 2013.

⁹⁷Ibidem.

⁹⁸Ibidem.

Lei 12.740/12 não deixam de demonstrar a preocupação com as atividades que acarretam o percebimento dos adicionais de modo geral, mesmo que as mudanças tenham ocorrido somente no que concerne ao adicional de periculosidade. Por isso, conforme destaca Rodrigo Balbino, a questão do percebimento dos adicionais resguarda, ainda, importância normativa substancial.⁹⁹

⁹⁹BALBINO, Rodrigo Pasqua de Oliveira. O novo regramento do adicional de periculosidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, nº 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23599>>. Acesso em: 5 set. 2013.

3 POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

3.1 O problema

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece o direito à percepção de adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas na forma da lei, especificamente no art. 7º, XXIII.¹⁰⁰ Dessa forma, questiona-se se o art. 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, estaria em consonância com o ordenamento jurídico adotado assim como os tratados internacionais ratificados pelo país que estão em vigor, visto que o artigo celetista veda a percepção cumulada dos adicionais de periculosidade e insalubridade, devendo o trabalhador optar por apenas um deles.

Importante destacar que, embora o problema relatado não seja fartamente discutido, este possui ampla relevância social, principalmente porque diz respeito a contraprestações devidas em razão de trabalho exercido em condições que envolvem risco aos trabalhadores, condições essas que se traduziram no recebimento dos adicionais em comento. Em razão disso, a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade pode ser debatida com base no estudo dos artigos da Constituição Federal de 1988 (formando, assim, um arcabouço de reflexões que influenciam diretamente a discussão), assim como em seus princípios e disposições basilares, pertinentes ao tema, em contraposição ao art. 193, § 2º, da CLT. Este dispõe, basicamente: “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.”¹⁰¹

Os tratados internacionais ratificados pelo Brasil apresentam também instrumentos para que se questione o dispositivo infraconstitucional transcrito, pois tais tratados dispõem a respeito da saúde dos trabalhadores, refletindo a intenção e o esforço do país na busca em se adequar, cada vez mais, à proteção do trabalhador, especialmente no que toca ao ambiente de trabalho e à proteção à saúde dos envolvidos na relação laboral. Por isso, tendo em vista a existência das convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho que tem por escopo a segurança e saúde dos trabalhadores, a análise delas dentro do ordenamento é importante. Nesse sentido, será analisado especialmente sob a ótica do chamado “controle

¹⁰⁰O adicional de penosidade ainda não foi regulamentado, não possuindo tipificação legal (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 712).

jurisdicional de convencionalidade”. Esta teoria traz um novo panorama de controle no qual tem como principal expoente o autor Valerio de Oliveira Mazzuoli.

Com efeito, neste último capítulo serão apresentados os principais argumentos que reforçam a possibilidade de cumulação de adicionais, sob a perspectiva de autores que tratam diretamente sobre a questão travada. Por isso, primeiramente se traçará um panorama geral com alguns dispositivos, principalmente constitucionais, que tem por objetivo a reunião de elementos que corroboram, mesmo que indiretamente, a possibilidade de cumulação dos adicionais e se fará a correlação entre eles e a atual situação dos trabalhadores. Em seguida se discorrerá a respeito da hierarquia da Constituição Federal face às fontes formais, no caso em tela, notadamente o art. 193, § 2º, da CLT. A regulamentação da matéria constitucional pelo legislador infraconstitucional também será delineada assim como a ocorrência de múltiplos fatores gravosos na relação de trabalho.

Ademais, a possível antinomia entre a Convenção Internacional 155 da OIT e o art. 193, § 2º, da CLT, será abordada, inclusive pelo prisma do “controle jurisdicional de convencionalidade”.

Finalmente, alguns julgados serão trazidos em torno da hipótese da cumulação (ou não) dos adicionais bem como o Projeto de Lei (PL) 4.983/13, apresentado pelo Deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), que visa a cumulação dos adicionais.

3.2 Dispositivos constitucionais: interpretação sistemática da Constituição

Dentre os objetivos elencados na Constituição Federal de 1988, no art. 3º, IV, encontra-se a promoção do bem de todos e, no art. 6º, faz-se referência ao direito à saúde como direito social.

Diante do disposto na Constituição, para Joaquim Barros Martins da Costa o direito à saúde é um dever do Estado, constituindo, portanto, direito subjetivo de todos.¹⁰² Dessa forma, pela supremacia que a Constituição emana sobre todo ordenamento jurídico, entende o autor:

¹⁰²COSTA, Joaquim Barros Martins da. A possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 6, 2. quin. mar. 2012, p. 188.

“é correto afirmar que, por via indireta, a saúde obteve *status* de fundamento da República Federativa do Brasil, como consectário dos preceitos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF 1988) e o do valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF 1988)”.¹⁰³

O entendimento do que seria saúde não se limitaria, então, apenas ao bem estar físico, em face de ausência de doenças, mas aos demais elementos físicos e mentais relacionados à segurança e higiene do trabalho. Este referido entendimento é adotado pela Organização Internacional do Trabalho, na Convenção nº 155, art. 3º, alínea *e*, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 1.254 em 1994.¹⁰⁴

Ainda sob o enfoque protetivo que a Constituição confere à existência digna e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos, essencial à sadia qualidade de vida, contidos nos arts. 170 e 225 da Constituição, respectivamente, para Sebastião Geraldo de Oliveira, “é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente do trabalho”.¹⁰⁵ Dessa forma, corrobora-se, de forma clara, a importância do meio ambiente de trabalho equilibrado para a concretização das normas constitucionais e reforça-se o papel do empregador nesse sentido. Por isso, o referido posicionamento possui coerência, pois é sabido que, para se ter uma boa qualidade de vida, o meio ambiente de trabalho é ferramenta essencial uma vez que o trabalhador, na maioria das vezes, passa grande parte do tempo de sua vida no trabalho, ainda mais se a jornada for de 8 horas, como ocorre na grande maioria dos casos. Dessa forma, são inegáveis os impactos diretos que o ambiente de trabalho causa ao obreiro.

É essencial destacar que a Constituição Federal resguardou aos trabalhadores urbanos e rurais, de forma expressa, na parte referente aos direitos sociais, inserida no capítulo dos direitos fundamentais, a redução dos riscos inerentes ao trabalho e à percepção de adicionais de remuneração para atividades em que haja insalubridade, periculosidade ou penosidade, conforme art. 7º, *caput* e XXII e XXIII, respectivamente.

¹⁰³ COSTA, Joaquim Barros Martins da. A possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 6, 2. quin. mar. 2012, p. 188.

¹⁰⁴ Ob. loc. cit..

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde o trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 127.

Sob essa perspectiva, há que se discorrer a respeito da interpretação do inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal. Uma vez que este dispositivo assegura o direito ao recebimento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade “na forma da lei”, Fernando Formolo defende que a própria Constituição conferiu à lei ordinária autorização para regular os referidos adicionais. Neste contexto, o art. 193, § 2º, da CLT, responsável por regulamentar a matéria, ao proibir a cumulação dos adicionais, na medida em que o empregado deve realizar a opção por apenas um deles, segundo a jurisprudência majoritária, foi recepcionado pela CF/88.¹⁰⁶

De forma diversa ao entendimento majoritariamente adotado, a interpretação do dispositivo em consonância com os demais dispositivos constitucionais não pode ser afastada, buscando-se uma interpretação sistemática do ordenamento.¹⁰⁷ Por meio desta, observa-se que, além de todos outros direitos e garantias já citados acima, o Brasil adotou os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, conforme art. 1º:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.”

Percebe-se, assim, que em face do referido artigo, juntamente com o *caput* do art. 170 da Constituição, referente à ordem econômica, a vedação presente no artigo celetista vai de encontro aos princípios, objetivos e direitos fundamentais assegurados pela própria CF.

Segundo interpretação adotada por Fernando Formolo, o princípio do valor social do trabalho prevaleceria em relação ao da livre iniciativa, pois se tem por finalidade assegurar a

¹⁰⁶FORMOLO, Fernando. A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Justiça do Trabalho*, São Paulo, n. 269, maio 2006, p. 53.

¹⁰⁷Ob. loc. cit..

todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.¹⁰⁸ Assim dispõe o art. 170: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...].”

Dessa forma, o legislador, ao editar o art. 193, § 2º, da CLT, restringindo a cumulação de adicionais, contraria a Constituição, ocorrendo, assim, a não recepção do dispositivo, pois:

“deixou-se o legislador celetista orientar por uma prevalência do interesse do capital sobre o trabalho, possivelmente temendo que o desembolso simultâneo dos dois adicionais se revelasse excessivamente oneroso à classe empresarial e produzisse consequências negativas para a economia.”¹⁰⁹

Por isso, Fernando Formolo conclui que, uma vez que a própria Constituição adota os valores sociais em sobreposição aos econômicos, a distinção inserida pelo artigo da CLT não se justificaria.¹¹⁰

O que é claramente observável é que realmente a limitação imposta pelo artigo celetista, de certa forma, faz transparecer que houve uma nítida prevalência de ordem econômica ao se editar a norma celetista, pois a percepção cumulada de adicionais poderia gerar um grande dispêndio pelos empregadores, tornando inviável seu recebimento.

O não reconhecimento da cumulação de adicionais, entretanto, é uma medida que acaba por desestimular a busca dos empresários por meios de redução dos riscos inerentes ao trabalho, pois, como muito se observa no Brasil, alguns objetivos e melhoras significativas só são executados ou ocorrem, de forma eficaz e eficiente, a partir do momento em que há uma contraprestação pecuniária, como bem observa o autor.¹¹¹

Ademais, é possível se afirmar que, considerando os valores da dignidade da pessoa humana e da justiça social, consagrados pela Constituição Federal, pode-se dizer seus escopos seriam mais bem alcançados se houvesse a real possibilidade de cumulação dos adicionais.

¹⁰⁸FORMOLO, Fernando. A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Justiça do Trabalho*, São Paulo, n. 269, maio 2006, p. 58.

¹⁰⁹Ibidem, p. 59.

¹¹⁰Ob. loc. cit..

¹¹¹Ibidem, p. 60.

O posicionamento da cumulação é reforçado, pois, como princípio do ordenamento brasileiro vigente, destaca-se, nos incisos XXX a XXXII do art. 7º da Constituição e no art. 461 da CLT, também, a não-discriminação, inclusive salarial, reforçada pela isonomia salarial. Aplicada analogicamente a interpretação dos enunciados dos dispositivos acima citados, observa-se a busca pela não discriminação. O tratamento igualitário a trabalhadores que prestam atividades em condições diferentes violaria, de certo, os referidos artigos.¹¹²

Miguel Seabra Fagundes ressalta a postura que deve ser adotada pelo legislador, buscando-se a aplicação do princípio da isonomia:

"ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições os mesmos ônus e as mesmas vantagens situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades."¹¹³

Uadi Lammêgo Bulos, nesse mesmo sentido, ensina que a Constituição brasileira procurou tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, pois “o raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais”.¹¹⁴ O percebimento do adicional, em razão de atividades exercidas em locais em condições diferenciadas prejudiciais ao trabalhador, assegurada pelo art. 7º, XXIII, é a mais explícita forma que teve o legislador de demonstrar a diferenciação entre os trabalhadores. Todavia, condicionar o percebimento de um adicional à exclusão de outro, quando o trabalho for prestado sob duas condições diversas, quais sejam, uma insalubre e outra perigosa, com certeza, violaria a própria igualdade buscada pela CF.

Levando em consideração o compromisso com a efetividade das normas constitucionais, ou seja, a atuação prática da norma, Fernando Formolo destaca o papel exercido pelo poder público em geral, pois todos os poderes estariam encarregados de buscar,

¹¹²FORMOLO, Fernando. A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Justiça do Trabalho*, São Paulo, n. 269, maio 2006, p. 60-61.

¹¹³FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 235, maio 1955, p. 7.

¹¹⁴BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 79.

de acordo com suas possibilidades, a efetivação das normas e direitos fundamentais erigidos.¹¹⁵

Ingo Wolfgang Sarlet influenciou diretamente o pensamento do autor acima referido, pois para ele deve haver a aplicabilidade imediata dos direitos contidos no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, uma vez que a norma contém “um mandato de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível”.¹¹⁶

Sob a ótica de Sarlet, os direitos fundamentais vinculariam todo o poder público, abrangendo o Executivo, Legislativo e Judiciário, apesar desse entendimento não estar expressamente consignado na Constituição Federal. Ao Legislativo o autor afirma haver uma limitação restritiva na medida em que na norma há “em seu bojo uma proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais”.¹¹⁷ Por consequência, a lei não pode mais delinear de forma autônoma, esquecendo da Constituição os direitos fundamentais, porquanto a substância destes deve ser extraída das normas constitucionais que a consagraram.¹¹⁸ Nesse sentido, Fernando Formolo aduz a importância da vinculação do Judiciário, por exemplo, pois deste, “ao interpretar a lei e a Constituição, se espera e exige que adote, dentre as várias interpretações plausíveis, aquela que outorgue a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”.¹¹⁹

3.3 Supremacia da Constituição Federal face às fontes formais no direito do trabalho

Inicialmente, faz-se necessária a distinção do que sejam as fontes no direito do trabalho e suas classificações. As fontes dizem respeito à origem do direito do trabalho. A partir dessa noção, as fontes trabalhistas são divididas pela doutrina em formais e materiais. Nesta linha, Sérgio Pinto Martins leciona que as fontes materiais caracterizam-se pelo conjunto de fatores reais que influenciam, de alguma forma, o surgimento das normas

¹¹⁵FORMOLO, Fernando. A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Justiça do Trabalho*, São Paulo, n. 269, maio 2006, p. 60-61.

¹¹⁶SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 360-361.

¹¹⁷Ibidem, p. 362- 363.

¹¹⁸Ob. loc. cit..

¹¹⁹FORMOLO, Fernando. Op.cit., p. 62.

jurídicas, são o conjunto de fatos sociais e históricos que dão ensejo às normas. Já as fontes formais constituem formas de exteriorização do direito e são divididas, ainda, em autônomas e heterônomas. Estas não contam com a participação direta ou imediata dos trabalhadores em sua elaboração, enquanto que naquelas há participação direta dos trabalhadores.¹²⁰

A partir da visão da supremacia normativa emanada da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e por essa servir de pressuposto ou embasamento às demais normas vigentes, Fernando Formolo destaca a importância hierárquica constitucional.¹²¹

A hierarquia das fontes formais do direito trabalhista, composta pelo conjunto de normas jurídicas a serem aplicadas ao caso concreto, diferentemente da hierarquia constitucional, é relativizada em razão do princípio da proteção.¹²² Por este princípio, deve-se aplicar a norma mais favorável ao trabalhador, mesmo que a norma em questão seja de hierarquia inferior a outra menos favorável. Nesse sentido, para Carmen Camino, há fundamento para o referido fenômeno, pois “a regulação estatal, inclusive a de ordem constitucional, consagra direitos mínimos, que poderão ser ampliados nas fontes formais de hierarquia inferior”.¹²³ O entendimento possui respaldo, pois a própria CLT, norma infraconstitucional de hierarquia inferior à Constituição, tem capacidade de regular mais detalhadamente alguns pontos que não puderam ser desenvolvidos no texto constitucional. Por isso, pode ser que ocorra a inversão da hierarquia das fontes, mas somente quando for para beneficiar o trabalhador, de forma a alargar a proteção concedida pelo sistema.¹²⁴

Em sentido oposto, se lei de hierarquia inferior de certa forma restringisse direito assegurado em norma de hierarquia superior, Formolo explica:

“A norma de hierarquia inferior não poderá, validamente, restringir ou afastar a proteção definida em norma de grau superior. Por isso, havendo conflito entre lei e Constituição, pretendendo, a lei, restringir ou extinguir o conteúdo mínimo de proteção assegurado ao trabalhador pela Lei Maior,

¹²⁰MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 38.

¹²¹FORMOLO, Fernando. A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Justiça do Trabalho*, São Paulo, n. 269, maio 2006, p. 52.

¹²²Ob. loc. cit..

¹²³CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 140.

¹²⁴FORMOLO, Fernando. Op.cit., p. 52.

prevalecerá o princípio da supremacia da Constituição, e a lei será tida por inconstitucional.”¹²⁵

Por esse motivo, José Afonso da Silva acredita que “a lei anterior com elas incompatível deve ser considerada revogada, por inconstitucionalidade”.¹²⁶ Dessa forma, o art. 193, § 2º, da CLT, só poderia estar em vigência se compatível com o ordenamento, e não é isso que se observa, conforme constatado. Isso ocorre porque o direito ao recebimento de adicionais de remuneração para as atividades exercidas em condições insalubres e perigosas foi erigido como um direito fundamental, uma vez que a norma que trata delas, prevista no art. 7º, XXIII, está inserida no Capítulo II da Constituição Federal, referente às garantias e direitos fundamentais, não podendo ser afastada.

3.4 Regulamentação de matéria constitucional pelo legislador infraconstitucional

No tópico anterior, foi definida a possibilidade de relativização das fontes do direito do trabalho, quando mais benéficas ao trabalhador.

Apesar da importância do art. 7º, XXIII, da Constituição, ressalta-se que a expressão “na forma da lei” contida na norma que prevê os adicionais de periculosidade, insalubridade e penosidade, constitui, para a jurisprudência majoritária, permissivo à lei ordinária para regular os referidos adicionais. Em razão desse permissivo, a lei estaria autorizada a vedar a acumulação dos adicionais, como ocorre no art. 193, § 2º, da CLT.¹²⁷

Entretanto, apesar de se admitir a possibilidade de regulamentação dos adicionais pela lei, é fundamental observar que, embora haja autorização constitucional nesse sentido, há limitações ao conteúdo normativo a ser produzido pelo legislador infraconstitucional. Isso ocorre uma vez que a lei, ao regulamentar determinada matéria, poderia limitar ou mesmo minimizar direitos constitucionais já garantidos, de modo a prejudicar a efetividade de tais direitos e produzir resultados diversos daqueles objetivados pelo constituinte. Por isso, fundada é a conclusão de que, “embora a lei possa, em certos casos, impor restrições aos

¹²⁵FORMOLO, Fernando. A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Justiça do Trabalho*, São Paulo, n. 269, maio 2006, p. 53.

¹²⁶SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 163.

¹²⁷FORMOLO, Fernando. Op.cit., p. 60-61.

direitos fundamentais, sem dúvida não pode fazê-lo ao ponto de comprometer o conteúdo essencial do direito que estiver em questão”.¹²⁸ Dessa forma, o conteúdo da norma do art. 193, § 2º, da CLT, não estaria de acordo com os fins almejados pelo legislador, analisando a Constituição de forma sistemática.

Nesse mesmo sentido, Luciano Leandro Silva frisa que, se a própria Constituição assegura certo direito ao cidadão, não cabe à norma infraconstitucional, ao regulamentar referido direito, tornar inviável seu exercício. O autor destaca que é isso que ocorre com o art. 193, § 2º, da CLT, pois este, ao regulamentar o art. 7º, XXIII, obstou o efeito pretendido pela norma. Ademais, se o dispositivo fosse interpretado conforme o Decreto-Lei nº 4.657 de 1942, art. 2º, § 1º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro haveria uma incoerência:

“Observa-se que, se a lei posterior revoga a anterior, e a Constituição da República do Brasil de 5 de outubro de 1988, por óbvio, que o § 2º do art. 193 encontrar-se-ia não recepcionado, por afronta ao texto constitucional, vez que a Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT, data de 1943.”¹²⁹

Portanto, Leandro Silva, uma vez que a CLT (1943) e o § 2º do art. 193 da CLT, inserido em 1977,¹³⁰ são anteriores à promulgação da Constituição de 1988 e afrontam diretamente o direito assegurado pela norma constitucional, conclui pela não recepção do parágrafo da consolidação trabalhista.¹³¹

Por essa razão, o autor opina pela não recepção do artigo celetista, pois ele gera um embate com os princípios constitucionais porque a finalidade do legislador infraconstitucional não pode ferir os princípios norteadores de todo o sistema jurídico, muito menos as garantias individuais.

Maurício Godinho Delgado defende que a Constituição traria um chamado “patamar mínimo civilizatório” que as outras normas não poderiam reduzir. Por isso, afirma que:

¹²⁸FORMOLO, Fernando. A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Justiça do Trabalho*, São Paulo, n. 269, maio 2006, p. 55.

¹²⁹SILVA, Leandro Luciano; SILVA, Lillian Morais. Fundamentos para cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 12, jun. 2011, p. 15.

¹³⁰BRASIL. Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16514.htm>.

¹³¹SILVA, Leandro Luciano; SILVA, Lillian Morais. Op. cit., p. 15.

“Ora, sabe-se que a economia de mercado não visa à procura de equidade, de justiça social, porém à busca da eficiência, da produtividade e do lucro. Neste contexto o Direito do Trabalho tem se afirmado na história como uma racional intervenção da ideia de justiça social, por meio da norma jurídica, no quadro genérico de toda a sociedade e economia capitalista, sem inviabilizar o próprio avanço deste sistema socioeconômico.”¹³²

Partindo do posicionamento de Maurício Godinho Delgado referente ao “patamar mínimo civilizatório”, Débora Caroline Pereira da Silva e Daniela Lage Mejia Zapata interpretam a importância dos adicionais de insalubridade e periculosidade em face da Constituição Federal:

“o objetivo da CR/88 ao prever o direito à percepção de adicionais é de cunho social e não financeiro, pois seu intuito é o de desestimular o empregador a continuar exigindo trabalho em situações gravosas, compelindo-o a tomar providências no sentido de alcançar melhorias consideráveis no ambiente de trabalho, fazendo deste local um lugar ecologicamente equilibrado.”¹³³

Por todo o exposto, é segura a conclusão de que a norma infraconstitucional não pode limitar direitos constitucionais mínimos previstos na Constituição, sob pena de se afetarem substancialmente os direitos protegidos pelo legislador. Se tal critério não for preservado, a Constituição poderia perder boa parte de sua supremacia e eficácia e ficaria à mercê das leis infraconstitucionais nem sempre elaboradas da melhor maneira.

Justamente pela Constituição garantir o exercício das diversas garantias constitucionais objetivando maior efetividade aos direitos fundamentais, como à saúde e a dignidade da pessoa humana, entre outros, que os adicionais de insalubridade e periculosidade se justificam sempre que houver trabalho exercido em condições adversas.

3.5 Antinomia entre convenção internacional e o art. 193, § 2º, da CLT

Tendo em vista a existência de duas normas vigentes no ordenamento, quais sejam o art. 193, § 2º, da CLT que proíbe a cumulação de adicionais e a contida no art. 11, b, da Convenção nº 155 da OIT, constata-se existência de uma antinomia jurídica. Esta se traduz

¹³² DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006, p. 122.

¹³³ SILVA, Débora Caroline Pereira da e ZAPATA, Daniela Lage Mejia. *A cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade no atual direito brasileiro*. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1107>>. Acesso em: 5 set. 2013.

em uma contradição entre normas ou dentro de uma mesma norma, ocasionando a dificuldade de interpretação.¹³⁴

O fato ocorre porque, ao contrário do art. 193 § 2º, da CLT, o art. 11, *b*, da Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 1.254 de 1994, dispõe de forma divergente a respeito da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Resumidamente, esse último prevê que “deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes”.¹³⁵

A antinomia do caso em tela se classificaria, segundo critérios de solução possíveis, para Joaquim Barros Martins da Costa, como uma antinomia aparente, pois passível de solução, no próprio ordenamento, pela utilização de regras de hermenêutica e interpretação. No tocante ao conteúdo normativo, seria classificada como antinomia própria, pois se trata de contradição entre normas jurídicas e não princípios e valores, como ocorre nas antinomias impróprias.¹³⁶

Partindo da solução apontada pelo autor, uma vez constatada a antinomia como aparente, ou seja, passível de solução no ordenamento, caberia a utilização pelo intérprete dos critérios da hierarquia, especialidade e cronologia.¹³⁷

Pelo critério hierárquico, primeiramente, não haveria que se falar em prevalência do Decreto-lei nº 5.452 de 1942, que aprovou a CLT, sobre o Decreto nº 1.254 de 1994, que ratificou a Convenção nº 155 da OIT, pois ambos possuiriam natureza jurídica de lei ordinária.¹³⁸ Nesse sentido, destaca-se a doutrina de Amauri Mascaro Nascimento:

“As normas previstas nos atos, tratados e convenções ou pactos internacionais aprovados pelo poder legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando preveem normas de direitos

¹³⁴COSTA, Joaquim Barros Martins da. A possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, 2. quin. mar. 2012, p. 183.

¹³⁵CONVENÇÃO 155, OIT: Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, concluída em Genebra, 22 jun. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹³⁶COSTA, Joaquim Barros Martins da. Op. cit., p. 183.

¹³⁷Ob. loc. cit..

¹³⁸Ob. loc. cit..

fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como atos normativos infraconstitucionais.”¹³⁹

A passagem acima sofreu uma mudança de entendimento com a chegada de Emenda Constitucional 45 de 2004, uma vez que esta dispôs sobre o posicionamento dos tratados e convenções internacionais no ordenamento pátrio, como se verá no próximo tópico. Uma vez que aqui se propõe a análise somente dos critérios ligados à solução de antinomias sem se adentrar na discussão dos tratados e convenções internacionais, passa-se ao próximo critério a ser utilizado.

O próximo critério a ser utilizado seria o da especialidade. Entretanto, este não resolve a questão do caso em tela, pois ambas as normas são especiais, pois tratam de um determinado assunto de maneira específica.¹⁴⁰

O critério que realmente resolveria o impasse levantado seria o cronológico. Em razão deste, a norma da Convenção nº 155 deveria prevalecer, pois o Decreto nº 1.254 de 1994, que a instituiu, é posterior ao Decreto-lei nº 5.452 de 1943 referente à CLT e à própria lei que institui o art. 193 e seus parágrafos de 1977.¹⁴¹

Nesse mesmo sentido e lógica adotada segue, também, o posicionamento de Luis Fernando Cordeiro:

“Como pode ser verificado objetivamente, o Decreto 1.254/94 que ratificou a citada Convenção n.º 155 da OIT, é posterior ao Decreto-lei 5.452/42 (CLT), como também à Lei 6.514, de 22.12.1977, que deu a redação do art. 193 e seus parágrafos, devendo a primeira (Convenção n.º 155) prevalecer sobre a última (CLT)”.¹⁴²

Em face dos critérios de solução de antinomia de normas, portanto, é possível concluir pela possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade,

¹³⁹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 30. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 61.

¹⁴⁰COSTA, Joaquim Barros Martins da. A possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 6, 2. quin. mar. 2012, p. 183.

¹⁴¹Ob. loc. cit..

¹⁴²CORDEIRO, Luis Fernando. *Possibilidade constitucional de legal de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. Disponível em: <http://www.professorcordeiro.com/index.php?option=com_content&view=article&id=56:possibilidade-constitucional-e-legal-de-cumulacao-dos-adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade&catid=41:artigos-do-professor-cordeiro&Itemid=54>. Acesso em: 12 set. 2013.

uma vez que se utilizando os critérios da especialidade, hierarquia e cronologia, há a prevalência da Convenção nº 155 da OIT.¹⁴³

Leandro Luciano Silva defende que as ratificações das convenções da OIT, em geral, possuem grande importância, pois demonstram a preocupação do Brasil com a saúde do trabalhador e o atendimento do direito do trabalho em um âmbito global. A assinatura e posterior internalização dos tratados representam a reiteração, pelo país, de toda conquista trabalhista.¹⁴⁴

Dessa maneira, o embate levantado poderia ser resolvido por meio dos critérios hermenêuticos de interpretação, buscando-se igualmente a lógica da finalidade insculpida na assinatura dos tratados.

3.6 O posicionamento das convenções e tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio a partir da Emenda Constitucional 45 de 2004 e os tratados e convenções da OIT

A Constituição de 1988, movida por uma forte influência de internacionalizar o direito constitucional, operou uma forte abertura do ordenamento para o direito internacional. Nessa medida, o legislador previu na Constituição uma série de princípios, inclusive de direitos humanos, no art. 4º, incisos II, VI, VII e IX, da Constituição Federal. O art. 5º, § 2º, estabeleceu, ainda, que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime de princípios por ela adotados.¹⁴⁵

Cleber Nilson Ferreira Amorim Júnior destaca que, com a Emenda Constitucional 45 de 2004, responsável pela dita “Reforma do Judiciário”, ao introduzir na Constituição Federal o art. 5º, § 3º, possibilitou uma nova perspectiva sobre o posicionamento das normas internacionais no ordenamento pátrio. Basicamente, doravante os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo *quorum* especial (dois turnos nas duas

¹⁴³CORDEIRO, Luis Fernando. *Possibilidade constitucional de legal de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. Disponível em: <http://www.professorcordeiro.com/index.php?option=com_content&view=article&id=56:possibilidade-constitucional-e-legal-de-cumulacao-dos-adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade&catid=41:artigos-do-professor-cordeiro&Itemid=54>. Acesso em: 12 set. 2013.

¹⁴⁴SILVA, Leandro Luciano; SILVA, Lillian Morais. Fundamentos para cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 12, jun. 2011, p. 17.

¹⁴⁵VIEIRA, Gustavo Fontoura. O controle jurisdicional de convencionalidade aplicado à jurisdição trabalhista. *Revista trabalhista: direito e processo*, São Paulo, v. 10, n. 39, jul./set. 2011, p. 178.

Casas do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros), equivalerão a emendas constitucionais. Por isso, a partir desse artigo, houve a valorização dos tratados internacionais.¹⁴⁶

Com efeito, Marcelo Varella, afirma que se pode dizer que os tratados, em geral, têm força de norma infraconstitucional. A mudança trazida pelo artigo supracitado influenciou nos tratados de direitos humanos. O autor explica que “a identificação da prevalência do tratado sobre outra norma de direito interno deve, portanto, ser verificada em função da natureza do tratado, do modo de internalização, de sua coerência com o direito constitucional e em relação à existência ou não de normas posteriores”.¹⁴⁷

Portanto, o autor ressalta que os tratados de direitos humanos “aprovados conforme emenda constitucional prevaleceriam sobre outras normas internas, mesmo que posteriores, e somente poderão ser modificados por outras emendas constitucionais ou outros tratados da mesma natureza”.¹⁴⁸

Em razão do exposto, o Supremo Tribunal Federal em 2008, por força do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, decidiu que os tratados de direitos humanos aprovados por *quorum* de emenda teriam efeito paralisante da eficácia de outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais opostos, com exceção das cláusulas pétreas, que são irrevogáveis.¹⁴⁹

Gilmar Ferreira Mendes acrescenta, ainda, que em razão do posicionamento ocupado pelos tratados de direitos humanos, estes constituem parâmetro de controle “independentemente de qualquer outra discussão sobre o tema, afigura-se inequívoco que o

¹⁴⁶ AMORIM JÚNIOR, Cléber Nilson Ferreira. Princípios específicos do direito tutelar da saúde e segurança do trabalhador. *Ciência jurídica do trabalho*, São Paulo, v. 15, n. 91, jan. / fev. 2012, p. 18.

¹⁴⁷ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

¹⁴⁸ Ob. loc. cit..

¹⁴⁹ BRASIL. STF – RE 466.343-1/SP. – Rel. Min. Cezar Peluso – DJE n. 236 03.12.2008 - Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 17 set. 2013. EMENTA: PRISÃO CIVIL. DEPÓSITO. DEPOSITÁRIO INFIEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECRETAÇÃO DA MEDIDA COERCITIVA. INADMISSIBILIDADE ABSOLUTA. INSUBSISTÊNCIA DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL E DAS NORMAS SUBALTERNAS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, INC. LXVII E §§ 1º, 2º E 3º, DA CF, À LUZ DO ART. 7º, § 7, DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA). RECURSO IMPROVIDO. JULGAMENTO CONJUNTO DO RE Nº 349.703 E DOS HCS Nº 87.585 E Nº 92.566. E ILÍCITA A PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL, QUALQUER QUE SEJA A MODALIDADE DO DEPÓSITO.

tratado de direitos humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais”.¹⁵⁰

O entendimento recente que prevalece, em razão das inovações trazidas pela supramencionada emenda constitucional, adotado também pelo Supremo Tribunal Federal, foi de que aqueles tratados sobre direitos humanos aprovados antes da EC 45, portanto, sem o *quorum* especial, prevaleceriam não mais com força de norma infraconstitucional, mas como normas ditas “supralegais”. Estas estariam abaixo da Constituição, mas acima das leis. A partir dessa breve explicação em face dos tratados e convenções, Cleber Amorim Júnior entende que:

“Pode-se concluir, portanto, que as Convenções da OIT ratificadas antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 ostentam no Brasil natureza supralegal, pelo que afastam a aplicação de toda legislação ordinária ou complementar com elas conflitantes. Só não podem contrariar a Constituição da República pela sua supremacia sobre todo o ordenamento jurídico nacional.”¹⁵¹

Corroborando o posicionamento acima, Sebastião Geraldo de Oliveira defende que as convenções da OIT sobre segurança, saúde e meio ambiente do trabalho devem ser tratadas como convenções de direitos humanos, baseando-se no pronunciamento do Ministro Sepúlveda Pertence (ADI-MC nº 1.675).¹⁵² Para este, não há dúvidas de que os direitos sociais dos trabalhadores elencados no art. 7º estão abarcados pelo art. 5º, §2º, da Constituição. Maurício Godinho Delgado assevera, ainda, que caso haja um conflito entre normas internacionais e o Direito interno, “deve prevalecer a regra e a interpretação mais favoráveis à pessoa humana a quem se destina a tutela jurídica. A alteração interpretativa da Carta Magna não pode ser feita para propiciar retrocessos sociais e culturais – mas para garantir avanços civilizatórios em benefício da pessoa humana”.¹⁵³ Nesse diapasão, Godinho defende a natureza de direitos humanos das convenções internacionais referentes aos direitos trabalhistas, notadamente as convenções e tratados da OIT.

¹⁵⁰BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1243.

¹⁵¹AMORIM JÚNIOR, Cléber Nilson Ferreira. Princípios específicos do direito tutelar da saúde e segurança do trabalhador. *Ciência jurídica do trabalho*, São Paulo, v. 15, n. 91, jan. / fev. 2012, p. 20.

¹⁵²OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde o trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 74.

¹⁵³DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 154.

Por esta lógica, conclui-se que, ao se admitir a natureza de direitos humanos conferida por alguns autores aos tratados e convenções da OIT, tendo em vista seu caráter “supralegal” por tratar de direitos humanos, o art. 193, § 2º, da CLT não seria compatível com a Convenção 155 da OIT, perdendo o artigo celetista, portanto, a sua eficácia, possibilitando a cumulação de adicionais, alvo do presente trabalho.

Destaca-se que, mesmo que não se considerem determinadas convenções da OIT como sendo de direitos humanos, no caso específico que se coloca em questão, principal foco do tema discutido, ou seja, a Convenção nº 155 da OIT, constata-se que ainda há possibilidade de cumulação dos adicionais.

Chega-se a tal conclusão porque, mesmo que a convenção seja tratada como geral, com força de norma infraconstitucional, Marcelo Varella ensina que “tratados em geral revogam as normas de direito interno anteriores que lhes sejam contrárias”.¹⁵⁴

No caso em análise, trata-se da Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Decreto 1.254/94, que, por ser mais recente, prevalece sobre o Decreto-lei 5.452/42 CLT, possibilitando como consectário a cumulação dos adicionais.

3.7 O “controle jurisdicional de convencionalidade”

A proteção ao trabalhador, dada a extrema importância que possui, pois ligada a uma série de princípios, garantias e direitos fundamentais, não foi tratada apenas na seara constitucional.

Analizando as fontes heterônomas, ou seja, aquelas que não contam com a participação direta ou imediata dos trabalhadores em sua elaboração, destacam-se como normas de proteção ao obreiro os tratados e convenções internacionais.¹⁵⁵

Hão de ser ressaltadas as Convenções nºs 148 e 155 da OIT, assinadas e internalizadas pelo Brasil respectivamente pelos Decretos nºs 93.413 de 1986 e 1.254 de 1994, com conteúdo ligado à saúde e às condições de trabalho do obreiro.¹⁵⁶

¹⁵⁴VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

¹⁵⁵MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 38.

A Convenção nº 148 da OIT trata especialmente da prevenção dos riscos no local de trabalho, provenientes da contaminação do ar, ruído e vibrações. Essa convenção traz inovações na medida em que consagra a busca pela eliminação dos riscos conforme as possibilidades técnicas do período, assim como a revisão dos limites de exposição em intervalos regulares, levando-se em conta o aumento do risco ocasionado pela exposição simultânea a vários agentes agressivos no local de trabalho.¹⁵⁷

Segundo Joaquim Barros Martins da Costa, a partir da exegese trazida pela Convenção nº 155 da OIT, que trata sobre segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, entende-se que há a possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade uma vez que em seu próprio texto, no art. 11, b, é assegurado que se devem levar em conta os riscos à saúde causados pela exposição simultânea de várias substâncias ou agentes, cabendo, portanto, segundo interpretação do artigo, a incidência cumulada. Ademais, uma vez que a referida convenção foi ratificada, essa passa a integrar o ordenamento, devendo ser, portanto, cumprida.¹⁵⁸

A fim de resolver o impasse de qual norma prevaleceria, Joaquim da Costa defende a prevalência dos tratados internacionais. Esta é justificada pela adoção da teoria da suprallegalidade dos tratados internacionais, mas, para o autor, o caráter “supralegal” deveria ser dado a todos os tratados, independentemente da matéria, conforme se observa:

“Apesar de não se tratar da posição dominante no STF, entendemos que o mesmo tratamento deverá ser conferido aos tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos, uma vez que, apesar de inferiores às normas constitucionais, são hierarquicamente superiores às leis infraconstitucionais, devendo servir, portanto, de fundamento de validade dessas normas.”¹⁵⁹

O supracitado autor defende sua posição, discorrendo que, por o tratado internacional trazer uma espécie de norma especialíssima sobre determinado assunto e uma vez que possui dupla qualidade de ato jurídico e norma, não poderia ficar limitado ao *status* de norma

¹⁵⁶SILVA, Leandro Luciano; SILVA, Lillian Moraes. Fundamentos para cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 12, jun. 2011, p. 17.

¹⁵⁷OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde o trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 79.

¹⁵⁸COSTA, Joaquim Barros Martins da. A possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 6, 2. quin. mar. 2012, p. 184.

¹⁵⁹Ibidem, p. 183.

jurídica infraconstitucional. Mediante a defendida supralegalidade dos tratados e convenções internacionais, as leis infraconstitucionais teriam que possuir dupla compatibilidade vertical para serem válidas, ou seja, teriam que ser compatíveis com a Constituição, através do controle de constitucionalidade, e com os tratados e convenções internacionais, por meio do “controle de convencionalidade”.¹⁶⁰

Entretanto, serviriam como modelo para o “controle de convencionalidade” apenas os tratados aprovados com *quorum* especial, conforme previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição. Dessa forma, o autor demonstra a finalidade da supralegalidade dos tratados e convenções não aprovados pelo *quorum* acima, uma vez que:

“Por fim, os tratados e convenções internacionais comuns que versam sobre temas alheios a direitos humanos, como é o caso da Convenção Internacional nº 155 da OIT, apesar de terem *status* superior ao das leis internas, não são equiparados às normas constitucionais, e, conseqüentemente, não servirão de paradigma do controle de convencionalidade, mas ficarão servidos tão somente do controle de legalidade das normas infraconstitucionais.”¹⁶¹

O mesmo autor salienta, ainda, que os tratados ditos supralegais podem exercer controle sobre as normas infraconstitucionais, e, mediante a ausência de compatibilidade do art. 193, § 2º, da CLT, com a Convenção nº 155 da OIT, conclui pela não aplicação de tal artigo.

O posicionamento acima adotado possui embasamento na tese defendida que tem por expoente nacional Valerio de Oliveira Mazzuoli. A tese deste é importante, pois introduz uma nova proposta de conjuntura aos tratados internacionais, na medida em que estes exerceriam papel substancial direto no que diz respeito às normas infraconstitucionais vigentes no país uma vez analisadas em contraposição aos tratados e convenções ratificadas.¹⁶²

Mazzuoli explica que a promulgação da Constituição de 1988 foi marcada pela institucionalização dos direitos humanos, na medida em que houve, além da positivação de vários direitos, a ratificação de tratados e convenções internacionais que buscaram a proteção

¹⁶⁰COSTA, Joaquim Barros Martins da. A possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Repertório IOB de jurisprudência*: trabalhista e previdenciário, São Paulo, n. 6, 2. quin. mar. 2012, p. 183.

¹⁶¹Ibidem, p. 182.

¹⁶²GOMES, Luiz Flávio. *Controle de convencionalidade*: Valerio Mazzuoli "versus" STF. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090615165108665>. Acesso em 17 set. 2013.

dos direitos da pessoa humana.¹⁶³ A perspectiva adotada, de forte cunho humanizante e protetor, influenciou diretamente nos princípios que foram erigidos pelo ordenamento, dentre os quais a dignidade da pessoa humana e a prevalência de direitos humanos (art. 4º, II, CF). O autor explica que esses são os princípios que devem reger o cenário internacional bem como a interpretação do ordenamento jurídico.¹⁶⁴

Ensina o autor ainda que, com a redação dada ao art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, houve uma significativa abertura do sistema pátrio ao sistema internacional, pois o artigo traz em sua redação que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A partir de tal artigo, Valerio Mazzuoli conclui que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país têm nível constitucional e aplicação imediata, independentemente de *quorum* especial, pois:

“se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais ‘em que a República Federativa do Brasil seja parte’, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil ‘se incluem’ no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.”¹⁶⁵

Por esse pensamento, à Constituição incluir-se-iam esses outros tratados e convenções que assegurassem outros direitos e garantias de modo que estariam eles incluídos, assim, no “bloco de constitucionalidade”, segundo visão do autor. Dessa forma, três seriam as vertentes de direitos e garantias individuais no ordenamento brasileiro: os direitos e garantias expressos, os implícitos e os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de que o Brasil faça parte. Consignou-se assim, a dupla fonte normativa: aquela proveniente do direito interno e aquela que viria dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil participasse. No panorama defendido, os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* constitucional, portanto, mesmo que ratificados fora do parâmetro procedimental trazido pela EC 45/2004.¹⁶⁶

¹⁶³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 20.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 21.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 22.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 23.

Com o advento da Emenda Constitucional 45 em 2004, introduziu-se ao art. 5º o §3º à Constituição Federal, trazendo em sua redação que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais quando aprovados por *quorum* de emenda constitucional (três quintos dos votos dos membros das duas Casas do Congresso Nacional). Mazzuoli explica que esse artigo atribuiria, assim, eficácia formal aos tratados de direitos humanos quando votados na forma estabelecida, porquanto esses tratados, em geral, já eram materialmente constitucionais por força do art. 5º, §2º, da CF.¹⁶⁷

Portanto, enquanto o art. 5º, § 2º, da Constituição, veio atribuir aos tratados de direitos humanos *status* de norma materialmente constitucional, alargando-se os direitos e garantias fundamentais, o art. 5º, §3º, estabelece que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados por *quorum* qualificado seriam “equivalentes às emendas”, possuindo, além da eficácia material inerente, agora a eficácia formal.¹⁶⁸ A diferença de significação estaria no fato de que a eficácia formal seria mais ampla, pois equivalente à emenda constitucional, possibilitando, na visão do autor, a integração formal do tratado ao texto constitucional.¹⁶⁹

Uma vez que os tratados de direitos humanos possuiriam *status* de norma constitucional, sejam eles materialmente constitucionais (aprovados sem o *quorum* especial) ou material e formalmente constitucionais (se aprovados pelo *quorum* do art. 5º, § 3º, da CF), Mazzuoli traz, assim, uma espécie de controle até então não abordado capaz de controlar a produção normativa por ele chamada de “doméstica”. O controle, intitulado “controle de convencionalidade”, pode ser, então, entendido como a compatibilização das normas internas do país com os tratados de direitos humanos vigentes no Brasil.¹⁷⁰

Os tratados internacionais comuns, entendidos por aqueles que não versem sobre direitos humanos, na visão do mesmo autor, também teriam força superior ao das leis internas, servindo de paradigma do controle de suprallegalidade, pois agiria como paradigma de controle das normas infraconstitucionais.¹⁷¹

¹⁶⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 45.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 46.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 64.

¹⁷¹ Ibidem, p. 65.

Com isso em mente, as normas infraconstitucionais produzidas no país deveriam ser compatíveis tanto com a Constituição quanto com os tratados comuns e de direitos humanos, sejam estes material ou formalmente constitucionais.¹⁷²

Mazzuoli traça, então, uma crítica ao posicionamento encabeçado pelo Supremo Tribunal Federal, pois o posicionamento adotado de que os tratados de direitos humanos não aprovados por *quorum* específico tenham o *status* supralegal acaba por tratar de modo diferente instrumentos que têm o mesmo “fundamento ético”, ou seja, a proteção de direitos, ferindo-se a isonomia.¹⁷³

À compatibilidade que as normas internas devem guardar com a Constituição e com os tratados internacionais deu-se o nome de dupla compatibilidade vertical material, fazendo esse exercício de compatibilização da Constituição por meio do controle de constitucionalidade e com os tratados de direitos humanos, por meio do controle de convencionalidade e com os tratados em geral com o controle dito supralegal.¹⁷⁴ Luiz Flávio Gomes, explicando o entendimento de Valério Mazzuoli, ressalta:

“Se a lei (de baixo) entrar em conflito (isto é: se for antagônica) com qualquer norma de valor superior (Constituição ou tratados), não vale (não conta com eficácia prática). A norma superior irradia uma espécie de “eficácia paralisante” da norma inferior (como diria o Min. Gilmar Mendes).”¹⁷⁵

Dessa forma, demonstra-se como o posicionamento de Mazzuoli é importante, pois desenvolveu uma série de questionamentos a respeito dos tratados no ordenamento jurídico e seus efeitos. A referida posição, contudo, apesar de trazer inovações, é minoritária, pois hoje, segundo posição fixada pelo STF, no RE 466.343/SP, só podem alcançar *status* de supralegalidade os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, desde que não aprovados pelo *quorum* do art. 5º, § 3º, da Constituição.

De igual modo, majoritariamente se admite que os tratados não relacionados com direitos humanos possuem valor legal, consoante posicionamento do STF, e não supralegais

¹⁷² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 65.

¹⁷³ Ibidem, p. 92.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 97.

¹⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Controle de convencionalidade: Valério Mazzuoli “versus” STF*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090615165108665>. Acesso em 17 set. 2013.

como Mazzuoli propõe. Há que se ressaltar que o *status* de mera legalidade dos tratados internacionais em geral é entendimento que vigora desde o julgamento do RE 80.004/SE de 1977. Neste, decidiu-se que, em caso de conflito entre uma lei infraconstitucional e um tratado ou convenção internacional, a norma posterior terá prevalência sobre a norma anterior, porquanto ambos possuem o mesmo patamar hierárquico das leis infraconstitucionais.¹⁷⁶

O posicionamento de Mazzuoli, apesar de iluminar a importância dos tratados internacionais à tona no ordenamento pátrio, se aplicado indistintamente, pode ensejar que tratados e convenções internacionais ratificados pelo país, com o *status* “supralegal” defendido (normas internacionais que não tratem de direitos humanos) possam acarretar a perda da soberania do país em editar suas próprias leis, pois, dessa forma, os tratados prevaleceriam sobre as próprias leis brasileiras.

3.8 Adicionais: parcelas distintas devidas em razão de fatos geradores distintos

Fernando Formolo faz questão de tratar da natureza dos adicionais de periculosidade e insalubridade. Para ele, um não pode ser confundido com o outro na medida em que derivam de situações distintas, às quais chama de “fatos geradores” distintos.¹⁷⁷

O adicional de insalubridade é devido, nessa medida, ao trabalhador que fique exposto a agentes que potencialmente prejudiquem a saúde, sejam eles físicos, químicos ou biológicos. O adicional de periculosidade, por sua vez, é devido pelos riscos sofridos pelo trabalhador pelo exercício de atividades que potencialmente podem lhe causar um “infortúnio súbito, imediato, capaz de lhe tolher a vida ou provocar lesão grave de um momento para outro”¹⁷⁸. Relembra-se que tanto as atividades insalubres quanto as perigosas devem ser previstas na regulamentação do Ministério do Trabalho e Emprego como mencionado em capítulo anterior.

A prestação do trabalho em condições insalubres e perigosas, recebendo apenas um dos adicionais, fere o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, acarretando um patente

¹⁷⁶ LEMOS, Tayara Talita. *A emenda constitucional 45/04 e as alterações na recepção dos tratados internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/A%20EMENDA%20CONSTITUCIONAL%2045%20Tayara%20Talita%20Lemos.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2013.

¹⁷⁷ FORMOLO, Fernando. A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Justiça do Trabalho*, São Paulo, n. 269, maio 2006, p. 55.

¹⁷⁸ Ob. loc. cit..

desequilíbrio entre as atividades prestadas e a contraprestação dela decorrente. Carmen Camino ensina que “quando nos referimos a sinalagma, pensamos em reciprocidade de obrigações, bilateralidade, num contrato de ‘duas mãos’, em que as obrigações correspectivas se equivalem”.¹⁷⁹

Além da violação ao caráter de sinalagma que o contrato de trabalho possui, a vedação da cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade vai de encontro com a própria lógica de percebimento dos adicionais. Assenta-se, como regra, a percepção de adicionais cumulativos devido a condições diferentemente adversas, buscando a compensação do desgaste sofrido como observam Carlos Cruz e Ana Carolina Gonçalves.¹⁸⁰

Uma vez que os adicionais, em geral, são parcelas suplementares devidas ao empregado pelo exercício em condições mais gravosas¹⁸¹ e podem ser cumulados, Luis Fernando Cordeiro defende a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Cordeiro sustenta que, se não fosse possível a cumulação de adicionais de periculosidade e insalubridade, por consequência, não se poderiam cumular outros adicionais como, por exemplo, o adicional noturno com o de transferência ou mesmo os adicionais de horas extras e assim por diante.¹⁸²

A contraprestação de duas situações diferentes de desvantagem com apenas um adicional, tendo o trabalhador que optar por apenas um deles, constituiria, portanto, reparação incompleta ou parcial, pois, em princípio, busca-se compensar, de certa forma, o trabalho exercido em condições especiais em que o trabalhador está em situação mais fragilizada. Portanto, resta clara a incongruência da impossibilidade de cumulação, seja por conta dos diferentes fatos geradores ou pela própria lógica aplicada a outros adicionais.

¹⁷⁹CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 278.

¹⁸⁰CRUZ, Carlos; GONÇALVES, Ana Carolina. *Direito do trabalho: teoria – exame da OAB*. Belo Horizonte: Pro Labore, 2011, p. 35.

¹⁸¹DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 711.

¹⁸²CORDEIRO, Luis Fernando. *Possibilidade constitucional de legal de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. Disponível em: <http://www.professorcordeiro.com/index.php?option=com_content&view=article&id=56:possibilidade-constitucional-e-legal-de-cumulacao-dos-adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade&catid=41:artigos-do-professor-cordeiro&Itemid=54>. Acesso em: 12 set. 2013.

3.9 Princípios do direito do trabalho concernentes à proteção do trabalhador

Além dos tratados e convenções internacionais, os princípios efetuam importante papel na efetivação das normas do direito do trabalho.

Na medida em que o Direito do Trabalho eclode com a Revolução Industrial, buscando tutelar e promover a dignidade dos seres humanos¹⁸³, os princípios, por constituírem verdadeiros alicerces do sistema jurídico adotado, definem a lógica do sistema, buscando atingir uma interpretação harmônica do ordenamento.¹⁸⁴

No direito trabalhista, os princípios possuem um importante fator de interpretação e aplicação do direito. Isso ocorre, pois assim é possível que a realidade social dos envolvidos na relação de emprego seja considerada e para que a parte hipossuficiente possa ter a proteção necessária.¹⁸⁵

Os princípios basilares do direito do trabalho, como os princípios da proteção, da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, da norma mais favorável e da condição mais benéfica ao trabalhador, como aponta Delgado¹⁸⁶, devem levados em consideração quando se têm em tela as questões relativas às relações de emprego.

Esses princípios especiais, segundo o autor, “materializam a própria essência do Direito do Trabalho, significando que sua inobservância é comprometedora dos objetivos traçados pela doutrina justralhista”, significando, ainda, “ramificações do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que valoriza o trabalho como forma de existência digna do indivíduo”.¹⁸⁷

O princípio da proteção visa justamente assegurar o trabalhador, buscando um equilíbrio na relação de trabalho. Já o princípio da norma mais favorável seria aquele aplicado quando da existência de várias normas aplicáveis à mesma relação jurídica, buscando a que

¹⁸³ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2000, p. 21.

¹⁸⁴ SILVA, Leandro Luciano; SILVA, Lillian Morais. Fundamentos para cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 12, jun. 2011, p. 18.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 19.

¹⁸⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 711.

¹⁸⁷ SILVA, Leandro Luciano; SILVA, Lillian Morais. Op. cit., p. 19.

mais favoreça ao trabalhador. Para alguns autores, como Maurício Godinho Delgado¹⁸⁸, decorreria do próprio princípio da proteção ao trabalhador. Ademais, o referido autor ressalta a aplicação do princípio da norma mais favorável em várias situações, quais sejam, no momento de elaboração da norma, no confronto entre elas e também em sua interpretação.¹⁸⁹

Portanto, necessário abordar a questão da aplicação dos princípios trabalhistas frente à antinomia que a regra do art. 193, § 2º, da CLT, incita. Nesse sentido, objetivando reforçar a ideia defendida da cumulação de adicionais, os princípios exercem papel substancial, pois estes constituem a estruturação de todo sistema e agem também como baliza normativa, devendo as normas derivar ou encontrar fundamento neles.¹⁹⁰

Assim, os princípios da proteção ao trabalhador e da aplicação da norma mais favorável ao operário reforçariam a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, pois, posta situação de dúvida de qual norma aplicar, cabe, no caso, a mais benéfica ao obreiro.

3.10 Jurisprudência

Chama-se a atenção de que a discussão envolvendo a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade não é exclusivamente doutrinária.

Nesse diapasão, diante de todos os argumentos acima apresentados, alguns julgados sinalizam para a possibilidade de cumulação.

Como exemplos, podemos trazer o julgado no Recurso Ordinário 00354-2006-002-03-004, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no qual no Acórdão, às fls. 495/496, entendeu-se pela cumulação dos adicionais, porquanto a regra prevista no art. 193, § 2º, da CLT não poderia “se sobrepor aos princípios constitucionais de proteção à vida e de

¹⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 143.

¹⁸⁹ *Ibidem*, 711.

¹⁹⁰ COSTA, Joaquim Barros Martins da. A possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 6, 2. quin. mar. 2012, p. 185.

segurança do trabalho”. Outro argumento foi no sentido de que como os fundamentos jurídicos para o recebimento das parcelas seriam diferentes, a cumulação poderia ocorrer.¹⁹¹

No Recurso Ordinário 00207-2008-404-04-00-6, apesar do posicionamento não ter prevalecido no tribunal, o relator sustentou a cumulação dos adicionais, pois, havendo trabalho sob condições insalubres e perigosas (sob risco), haverá prejuízos imediatos à vida e à saúde do trabalhador, devendo incidir a contraprestação de ambos adicionais. Dessa forma, o recebimento de um adicional não afastaria a percepção do outro.¹⁹²

Reforçando as inovações trazidas pela Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho, no RO 0123500-80.2009.5.04.0122, do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que gerou o conhecimento do Recurso de Revista 812-96.2011.5.04.0203 no TST, trouxe a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. No acórdão sustentou-se a não recepção do art. 193, § 2º, da CLT, pela Constituição, também em face da Convenção 155 da OIT dispor no art. 11, b, que “deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes”.¹⁹³

Argumentou-se que, independentemente da discussão sobre a força que adquire a norma internacional no direito interno (lei ordinária federal ou com força de emenda constitucional), já haveria a derrogação do art. 193, § 2º, da CLT, se se considerasse a norma internacional como lei ordinária federal. A cumulação de adicionais estimularia, assim, a busca do empregador por outros meios de prevenção ao ambiente de trabalho diante do gravame monetário¹⁹⁴. O posicionamento esculpido pelo TRT, entretanto, foi posteriormente

¹⁹¹BRASIL. TRT 3ª R. RO 00354-2006-002-03-004 – 1ª T. – Rel. Juiz Marcus Moura Ferreira – DJMG 27.10.2006. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹⁹²BRASIL. TRT 4ª R. RO 00207-2008-404-04-00-6 – 9ª T. – Rel. Marçal Henri S. Figueiredo. Publicado no DJE em 04.03.2009. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4456663/recurso-ordinario-ro-207200840404006-rs-00207-2008-404-04-00-6/inteiro-teor-11223977>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹⁹³CONVENÇÃO 155, OIT: Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, concluída em Genebra, 22 jun. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹⁹⁴BRASIL. TRT 12ª R. RO - 0123500-80.2009.5.04.0122. Rel. Des. Tânia Maciel de Souza. 24.11.2011.

afastado pelo TST, uma vez que os adicionais não se acumulam por disposição expressa do art. 193, § 2º, da CLT.¹⁹⁵

No Recurso de Revista 152300-52.2009.5.19.0009, o Tribunal Superior deliberou pela possibilidade de cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade, estipulada a cumulação contratualmente e levando em consideração que a decisão recorrida estava amparada no princípio da condição mais benéfica.¹⁹⁶

Apesar da breve exposição de alguns julgados que indicam a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, o entendimento prevalecente é a de que os adicionais não podem ser cumulados. Percebe-se que existem algumas decisões de TRT's que conferem a possibilidade de cumulação, mas, ao chegar ao TST, este tem reconhecido a impossibilidade de tal cumulação, em razão de expressa vedação legal (art. 193, § 2º, CLT).

Tendo por fundamento a impossibilidade de cumulação de adicionais frente à norma contida no art. 193, § 2º, da CLT, temos como exemplo o Recurso de Revista 202300-23.2007.5.12.0041, no qual se entendeu por correta a decisão reconhecendo o direito ao adicional de periculosidade, mas determinando a dedução dos valores pagos a título de adicional de insalubridade.¹⁹⁷

Em decisão mais recente do TST, tem-se o entendimento da impossibilidade de cumulação dos adicionais, porquanto o legislador, ao possibilitar ao empregado a opção pelo

¹⁹⁵BRASIL. TST. RR 812-96.2011.5.04.0203. 3ª T. Rel. Des. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Publicação: DEJT 14.06.2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20812-96.2011.5.04.0203&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJGAAAT&dataPublicacao=14/06/2013&query=>>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹⁹⁶BRASIL. TST. RR 152300-52.2009.5.19.0009. Data de Julgamento: 13.08.2013, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16.08.2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20152300-52.2009.5.19.0009&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJnpAAC&dataPublicacao=16/08/2013&query=>>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹⁹⁷BRASIL. TST. RR 23.2007.5.12.0041 – Rel. Min. Rosa Maria Weber – DJU 11.02.2001. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18088734/recurso-de-revista-rr-2023002320075120041-202300-2320075120041>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

recebimento do adicional porventura devido, no art. 193, § 2º, vedou o pagamento cumulado dos dois institutos.¹⁹⁸

Mesmo mediante todas as dificuldades geradas pela postura extremamente legalista no que concerne à impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, existe um projeto de lei com o escopo de viabilizar a cumulação, respondendo, de forma inequívoca, aos anseios da classe trabalhadora nesse sentido.

3.11 Projeto de Lei

O Projeto de Lei 4.983/13, de autoria do Deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), que tem por finalidade permitir o recebimento cumulativo dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, está em tramitação em regime de prioridade na Câmara dos Deputados.¹⁹⁹

O referido projeto vai de encontro ao entendimento que se consignou a respeito da impossibilidade de recebimento cumulado dos adicionais uma vez que o art. 193, § 2º, da CLT dispôs que o trabalhador deverá optar por um dos adicionais.

O autor reforça a necessidade de aprovação do projeto de lei uma vez que não haveria plausibilidade em se optar por um dos adicionais quando, em verdade, o trabalhador estará exposto à dupla incidência de riscos, sendo uma delas representada pela incidência de agentes nocivos à sua saúde e a outra gerada pelas atividades desenvolvidas em condições que expõem a vida a riscos.²⁰⁰

O Projeto de Lei 4.983/13 foi apensado ao PL 2.549/92, do Senado. Carlos Bezerra, para possibilitar a cumulação de adicionais sugere, então, nova redação ao art. 193, § 2º, da CLT, por meio de seu art. 1º, que passaria a ter a seguinte redação:

¹⁹⁸BRASIL. TST. RR 382-46.2010.5.02.0362. Data de Julgamento: 07.08.2013, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09.08.2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20382-46.2010.5.02.0362&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKP6AAS&dataPublicacao=09/08/2013&query=>>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

¹⁹⁹CONSULTOR JURÍDICO. *PL permite recebimento simultâneo de dois adicionais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-02/pl-camara-permite-trabalhador-receba-dois-adicionais-simultaneamente>>. Acesso em: 17 set. 2013.

²⁰⁰Ibidem.

“Art. 193

§ 2º. O recebimento do adicional de periculosidade não exclui o direito ao adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.” (NR).²⁰¹

Se aprovado o projeto de lei com a redação acima referida, o recebimento de adicionais poderá ocorrer, findando a discussão ora travada. Nota-se que a nova redação proposta é diametralmente oposta à do art. 193, § 2º, pois retira a questão da opção que o trabalhador deveria realizar quando verificadas ambas condições de risco.

²⁰¹BRASIL. Projeto de Lei 4.983/13. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1058886&filename=PL+4983/2013>. Acesso em: 17 set. 2013.

CONCLUSÃO

Embora a questão da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade encontre óbice segundo entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência em razão da interpretação em torno do art. 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que impõe ao trabalhador a escolha de perceber apenas um dos adicionais, a questão possui ampla relevância não apenas ao direito do trabalho, mas social, pois diretamente ligada a um direito contraprestacional decorrente de situações, agentes ou substâncias que expõem diretamente a vida do trabalhador.

Em razão da notória importância temática, a possibilidade ou não de cumulação de adicionais deve ter como critério avaliativo não apenas a interpretação restrita fechada da norma celetista. A análise da cumulação deve ser observada em um aspecto macro, integrado, de forma que se leve a efeito o tratamento trazido pela Constituição Federal aliado às convenções e tratados internacionais ratificados pelo país.

As normas trabalhistas devem ser interpretadas, então, conforme os ditames da Constituição Federal, notadamente em consonância aos princípios e fundamentos nela adotados, principalmente aqueles que visem à proteção da vida e da segurança do trabalhador. Como exemplos, encontram-se a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde exigível do Estado e a valorização do trabalho. Ademais, a não discriminação e a isonomia, inclusive salarial, são assegurados pelo texto constitucional. A contraprestação de forma igual a trabalhadores expostos a condições claramente distintas, pagando-se um adicional enquanto em verdade a situação ou local de trabalho ensejaria o recebimento cumulado, significa a flagrante quebra da isonomia estampada na própria Constituição.

A força hierárquica constitucional também deve ser considerada na medida em que deve prevalecer sobre as fontes trabalhistas formais (CLT) uma vez que os direitos e garantias assegurados por uma norma superior, no caso a Constituição, não podem ser retirados ou suprimidos por norma de hierarquia inferior. É destacado que o art. 7º, XXIII, da Constituição, ao dispor que os adicionais são assegurados “na forma da lei”, não permite que a lei em questão reduza ou extinga, mesmo que de forma indireta, direitos constitucionais mínimos já assegurados, pois a supressão desses direitos na lei inviabiliza o exercício de direitos já garantidos constitucionalmente. Dessa forma, impõe-se uma espécie de reserva

legal para a restrição dos direitos previstos na Constituição, como ocorre no caso do direito ao recebimento dos adicionais.

Em razão disso decorre o compromisso do poder público em todas as esferas de garantir a efetividade das normas constitucionais, ou seja, a atuação prática da norma, no sentido de se buscar a efetivação das normas e direitos fundamentais erigidos, justificando-se a cumulação de adicionais sempre que houver trabalho exercido em condições decorrentes de fatos geradores distintos. Dessa forma, o direito ao recebimento de parcelas distintas procuraria guardar, também, o caráter sinalagmático do contrato de trabalho.

Na esfera do direito internacional, salienta-se a Convenção nº 155 da OIT, ratificada e internalizada pelo Brasil por meio do Decreto nº 1.254 de 1994, por introduzir de forma expressa disposição diversa sobre o mesmo tema tratado no art. 193, § 2º, da CLT, ao indicar que “deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes”. A norma a prevalecer pode ser explicada pelos critérios de solução de antinomia de normas no caso de conflito. Perpassando pelos critérios hierárquico e da especialidade, o critério cronológico sinaliza a sobrepujança da norma da Convenção, vez que o decreto 1.254/94, que ratificou a citada Convenção n.º 155 da OIT, é posterior ao Decreto-lei 5.452/43 que instituiu a CLT, bem como também à Lei 6.514, de 22.12.1977, que deu a atual redação do art. 193 da CLT e seus parágrafos.

O posicionamento dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo país no ordenamento jurídico reforça a possibilidade da cumulação dos adicionais. Conforme o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, os tratados que versem sobre direitos humanos, quando não aprovados por *quorum* de emenda constitucional após a vigência da EC 45/2004, teriam *status* “supralegal”, devendo as normas infraconstitucionais se compatibilizar com seu conteúdo, consoante se estabeleceu por meio do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP.

Ainda assim, mesmo que se considere que a Convenção 155 da OIT não trata de direitos humanos, e assim incorporada com força de lei ordinária como ocorre com os tratados em geral, ela ainda teria prevalência sobre a norma celetista, porquanto cronologicamente posterior, afastando a norma de direito interno contrária.

Pelos argumentos jurídicos utilizados e tendo em vista que os tratados internacionais são incorporados ao ordenamento como normas infraconstitucionais (quando não tratem de direitos humanos e não forem igualmente aprovados por *quorum* especial), o entendimento mais plausível é de que a regra contida no art. 193, § 2º, da Consolidação, não deve prevalecer, pois outra norma de igual hierarquia dispõe sobre a mesma matéria em sentido contrário. Além disso, a convenção que permite a cumulação é ainda mais recente em termos temporais que o referido dispositivo legal.

Os princípios basilares do direito do trabalho utilizados na interpretação do conflito entre as normas sinalizam também pela cumulação eis que é a norma mais favorável ao trabalhador.

Portanto, incumbe a análise dos institutos jurídicos de forma lógica, sistemática e teleológica, procurando extrair o real sentido da norma com o escopo de se adquirir a máxima efetividade das regras quando apresentada uma situação de conflito.

Ainda que se pesem os argumentos de que a cumulação não seria benéfica, uma vez que o trabalhador preferiria permanecer exposto a condições adversas objetivando uma contraprestação maior, prejudicando sua saúde, ressalta-se que, enquanto o Brasil ainda adotar a monetização dos riscos como forma de tratar os trabalhadores envolvidos em situações gravosas, a cumulação se faz imperiosa até que medida melhor seja tomada como a redução significativa da jornada desses profissionais.

Por todo o exposto anteriormente, nota-se que, como o ordenamento jurídico como um todo se volta à proteção do trabalhador, a vedação contida no artigo celetista estaria em desconformidade com o sistema jurídico trabalhista, ao passo que esse visa, acima de tudo, a efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes. *CLT comentada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O direito humano fundamental a um meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado. *O Trabalho*, n. 100, p. 2.768-2.778, jun. 2005.

AMORIM JÚNIOR, Cléber Nilson Ferreira. Princípios específicos do direito tutelar da saúde e segurança do trabalhador. *Ciência jurídica do trabalho*, São Paulo, v. 15, n. 91, p. 9-42, jan. / fev. 2012.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do trabalho*, Porto Alegre, v. 27, n. 317, p. 7-32, maio. 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BALBINO, Rodrigo Pasqua de Oliveira. *O novo regramento do adicional de periculosidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, nº 3501, 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23599>>. Acesso em: 5 set. 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BATISTA, Geovane de Assis. Opção insalubre e perigosa. *Revista trabalhista: direito e processo*, São Paulo, v. 10, n. 36, p. 161-168, jan./mar. 2011.

BELFORT, Fernando José Cunha. *Meio ambiente do trabalho: competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Segurança e saúde do trabalhador: reflexões sobre as normas da OIT e o modelo brasileiro de proteção. *Revista do direito trabalhista*, São Paulo, v. 18, n. 8, p. 4-14, ago. 2012.

BRANCO, Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16514.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 13 set. 2013.

BRASIL. Projeto de Lei 4.983/13. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1058886&filename=PL+4983/2013>. Acesso em: 17 set. 2013.

BRASIL. TRT 12ª R. RO 0123500-80.2009.5.04.0122. Rel. Des. Tânia Maciel de Souza 24.11.2011.

BRASIL. TRT 3ª R. RO 00354-2006-002-03-004 – 1ª T. – Rel. Juiz Marcus Moura Ferreira – DJMG 27.10.2006. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

BRASIL. TRT 4ª R. RO 00207-2008-404-04-00-6 – 9ª T. – Rel. Marçal Henri S. Figueiredo. Publicado no DJE em 04.03.2009. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4456663/recurso-ordinario-ro-207200840404006-rs-00207-2008-404-04-00-6/inteiro-teor-11223977>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

BRASIL. TST. RR 23.2007.5.12.0041 – Rel. Min. Rosa Maria Weber – DJU 11.02.2001. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18088734/recurso-de-revista-rr-2023002320075120041-202300-2320075120041>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

BRASIL. TST. RR 382-46.2010.5.02.0362. Data de Julgamento: 07.08.2013, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09.08.2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20382-46.2010.5.02.0362&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKP6AAS&dataPublicacao=09/08/2013&query=>>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

BRASIL. TST. RR 812-96.2011.5.04.0203. 3ª T. Rel. Des. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Publicação: DEJT 14.06.2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20812-96.2011.5.04.0203&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJGAAAT&dataPublicacao=14/06/2013&query=>>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

BRASIL. TST. RR 152300-52.2009.5.19.0009. Data de Julgamento: 13.08.2013, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16.08.2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20152300-52.2009.5.19.0009&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJGAAAT&dataPublicacao=16/08/2013&query=>>>.

at=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20152300-52.2009.5.19.0009&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJnpAAC&dataPublicacao=16/08/2013&query=>. Acesso em: 16 ago. 2013.

BRASIL. STF. RE 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. DJE n. 236 03.12.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 17 set. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CARLESSO, Luciano Arlindo. Direito humano a um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado: um direito de todos os seres humanos trabalhadores. *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 72, n. 2, p. 209-220, fev. 2008.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Roteiro de direito constitucional*. 4. ed. Brasília: Gran Cursos, 2011.

CONSULTOR JURÍDICO. *PL permite recebimento simultâneo de dois adicionais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-02/pl-camara-permite-trabalhador-receba-dois-adicionais-simultaneamente>>. Acesso em: 17 set. 2013.

CONVENÇÃO 155, OIT: Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, concluída em Genebra, 22 jun. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

CORDEIRO, Luis Fernando. *Possibilidade constitucional de legal de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. Disponível em: <http://www.professorcordeiro.com/index.php?option=com_content&view=article&id=56:possibilidade-constitucional-e-legal-de-cumulacao-dos-adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade&catid=41:artigos-do-professor-cordeiro&Itemid=54>. Acesso em: 12 set. 2013.

COSTA, Joaquim Barros Martins da. A possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 6, p. 181-188, 2. quin. mar. 2012.

CRUZ, Carlos; GONÇALVES, Ana Carolina. *Direito do trabalho: teoria – exame da OAB*. Belo Horizonte: Pro Labore, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 235, maio 1955.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. *Síntese trabalhista*, v. 14, n. 162, p. 122-153, dez. 2002.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2000.

FORMOLO, Fernando. A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Justiça do Trabalho*, São Paulo, n. 269, p. 49-64, maio 2006.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho*. São Paulo: Método, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Controle de convencionalidade: Valerio Mazzuoli "versus" STF*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090615165108665>. Acesso em 17 set. 2013.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno. Um estudo sobre a jurisprudência do STF. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1557, 6 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10491>>. Acesso em: 6 ago. 2013.

KROST, Oscar. Trabalho prestado em condições insalubres e perigosas: possibilidade de cumulação de adicionais. *Justiça do Trabalho*, São Paulo, n. 247, p. 65-72, jul. 2004.

LEMO, Tayara Talita. *A emenda constitucional 45/04 e as alterações na recepção dos tratados internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/A%20EMENDA%20CONSTITUCIONAL%2045%20Tayara%20Talita%20Lemos.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDANHA, Marcos Henrique. *Adicional de insalubridade: salário mínimo ou base?* Disponível em: <<http://www.saudeocupacional.org/2012/02/adicional-de-insalubridade-salario.html>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

MIRANDA, Maria Bernadete. *O adicional de periculosidade*. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/aulas/dt/A9.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAIS FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 30. ed. São Paulo: LTr, 2004.

MTE. NR – 1. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEF0F7810232C/nr_01_at.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde o trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.

SALIBA, Tuffi Messias. *Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Método, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Débora Caroline Pereira da e ZAPATA, Daniela Lage Mejia. *A cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade no atual direito brasileiro*. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1107>>. Acesso: 5 set. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Leandro Luciano; SILVA, Lillian Moraes. Fundamentos para cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 12, p. 7-23, jun. 2011.

TEIXEIRA, Carlos Geraldo. O controle da convencionalidade das leis pelo poder judiciário. *Direito público*, São Paulo, v. 7, n. 33, p. 7-36, maio/jun. 2010.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca virtual de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 17 set. 2013.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENDRAMINI, Antônio Carlos. Insalubridade versus periculosidade. *Suplemento Trabalhista*, São Paulo, n. 162, p. 755, ago. 1998.

VIEIRA, Gustavo Fontoura. O controle jurisdicional de convencionalidade aplicado à jurisdição trabalhista. *Revista trabalhista: direito e processo*, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 165-186, jul./set. 2011.